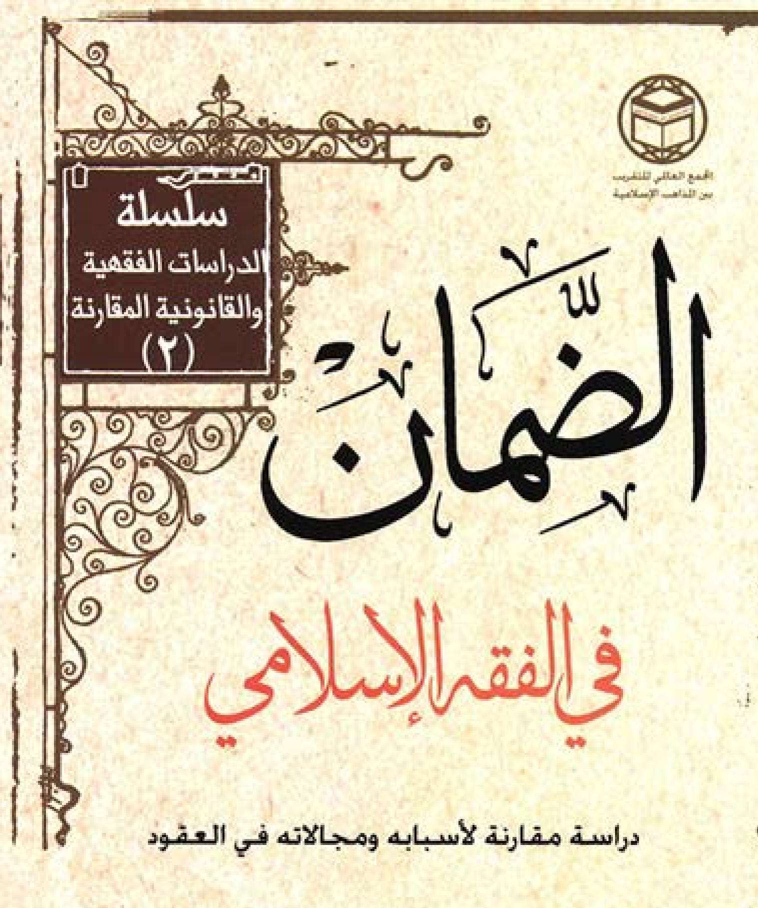


سلسلة
الدراسات الفقهية
والقانونية المقارنة
(٢)

الضمان
في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود

علي عبد الحكيم الصافي

مركز الدراسات العلمية
التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

سلسلة الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة (٢)

الضمان في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود



علي عبد الحكيم الصافي

مع تقديم:

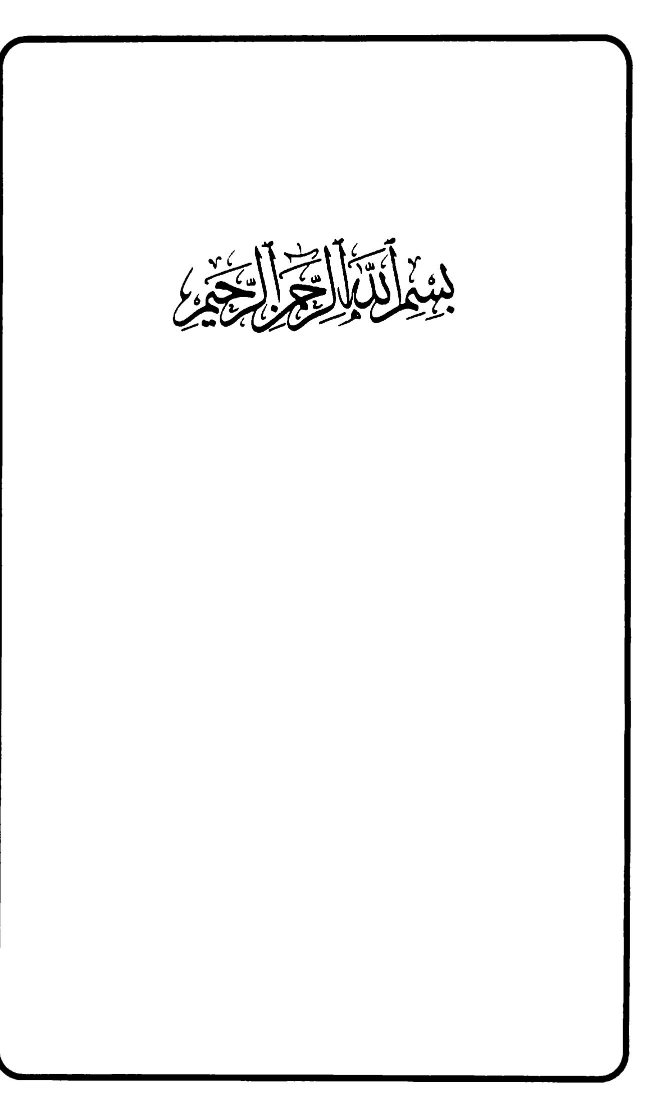
العلّامة السيد محمد تقي الحكيم

والدكتور رشدي عليان

سرشناسه: صافي، علي عبد الحكيم، ١٩٣٧.
عنوان و نام پديدآور: الضمان في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة لأسبابه و مجالاته في العقود/ على عبد الحكيم الصافي؛ مع تقديم محمد تقي الحكيم.
مشخصات نشر: تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، مركز الدراسات العلمية، المعاونية الثقافية، ١٤٣١ ق = ٢٠١٠ م = ١٣٨٩.
مشخصات ظاهرى: ٣٥٦ ص.
فروست: سلسلة الدراسات الفقهية والقانونية المقارنة: ٢.
شابك: 978-964-167-129-9
وضعيت فهرست نويسي: فيپا
يادداشت: عربى
موضوع: عقد ضمان
شناسه افزوده: حكيم، محمد تقي، ١٩٢٤، مقدمه نويس
شناسه افزوده: Hakim Muhammad Taqhi
شناسه افزوده: مجمع جهانى تقريب مذاهب اسلامى. مركز مطالعات علمى. معاونت فرهنگى.
رده بندى كنگره: ١٣٨٩ ٨ ض ٢ ص / ١ / ١٩١ BP
رده بندى ديويى: ٣٧٢ / ٢٩٧
شماره كتابشناسى ملى : ٢٠٥٣٥٣٧

المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

- اسم الكتاب: الضمان في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة لأسبابه ومجالاته في العقود
- تأليف: علي عبد الحكيم الصافي
- تقديم: العلامة السيد محمّد تقي الحكيم والدكتور رشدي عليان
- تقييم الكتاب: أحمد شفيعي نيا
- تقويم النص: شوقي شالباف
- الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية المعاونية الثقافية، مركز الدراسات العلمية.
- الطبعة: الأولى ـ ١٤٣١ هـ ق / ٢٠١٠ م
- الكمية: ٢٠٠٠ نسخة
- السعر: ٧٥٠٠٠ ريال
- المطبعة: نگار
- شابك: 978-964-167-129-9
- العنوان: الجمهورية الإسلامية في إيران طهران – ص. ب : ٦٩٩٥ ـ ١٥٨٧٥
تلفكس : ١٤ - ٨٨٣٢١٤١١ - ٢١ -٠٠٩٨
مركز قم . ص. ب: ٣٨٧٣- ٣٧١٨٥
تلفكس: ٧٧٥٤٩٦٦- ٠٠٩٨٢٥١٧٧٥٥٤٤٨
البريد الالكتروني: qomtqhrib@yahoo.com


بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة المركز

تكتسب بعض الموضوعات التي تتعلّق بالمجتمع والفرد المسلم أهمية فائقة من جوانب عديدة، ولاتقتصر أهميتها على جانب واحد فقط، كأن يكون الجانب الفقهي مثلاً، بسبب ما قد تملكه هذه الموضوعات من زوايا وأبعاد مختلفة: حقوقية وقانونية... لها المساس المباشر بحياة ونظام المجتمع والأسرة المسلمة.

والضمان من جملة تلك الموضوعات التي اكتسبت أهمية خاصة على المستويين: الفردي والاجتماعي للانسان المسلم المعاصر، واشتملت على زوايا وأبعاد أضفت على البحث في مسألة الضمان طابع الضرورة الملحة، لا سيما في وقتنا الراهن.

ويمكن تلخيص هذه الأبعاد والزوايا بمايلي:

أولاً: تحمّل عبء تأمين العدالة

إنّ الضمان مستلزم لنفي حريّة العمل المطلقة في التعاطي مع أموال الآخرين؛ ذلك أنّه يمنع من التجاوز عليها والتصرّف بها بشكل غير مسموح به، ويعمل على إحقاق حقوق أصحابها في صورة التجاوز على أموالهم وممتلكاتهم.

وبعبارة أخرى: الضمان بطبيعته يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الناس، من خلال رعاية العدالة، وتحقيق موازينها. فالشارع يسعى لتأمين النظام القائم على العدالة بفرض الضمان على الشخص المتخلّف (في ضمان العوض) والشخص المتلف (في ضمان الإتلاف) وإن كان هذا النظم قائماً على أساس العدالة الاختياريّة وغير

الإلزاميّة في الضمان العقديّ، حيث يكون التعهّد بالتسديد أثراً مباشراً للعقد.

لقد بات الضمان اليوم ـ بلحاظ كونه عنصراً محوريّاً فيما يرتبط بالعدالة ـ يشكّل حلقة هامّة من حلقات النظام والأمن في المجتمع، وأضحى يمثّل روح وأساس الكثير من النظريّات الحقوقيّة المعاصرة.

ومن هنا، يجب الاعتراف بأنّ الارتباط بين الضمان و العدالة وثيق جدّاً، حتّى أن عدم تمتين مبحث الضمان في الفقه يؤدّي ـ بلا شكّ ـ إلى إضعاف قدرات الفقه في تنظيم علاقات عادلة في المجتمع، لا سيّما وأنّ تشابك المجتمع واختلاف الطبقات الاجتماعيّة فيه يستلزم رؤية علميّة ثاقبة، ويضاعف من الحاجة إلى القيام ببحوث ودراسات في جميع المجالات، لاسيّما في مسألة الضمان والمسائل العصريّة المتّصلة بها.

ثانياً: إمكان إجراء بحوث علمية مقارنة

ثمّة تعريف خاصّ للضمان لدى كلّ من المدرستين: الشيعية والسنّية، والتفاوت في صيغة التعريف ماهويّ، وأمّا المسائل المتعلّقة بالضمان، وعلاقتها بسائر المجالات المختلفة في غير مجال الفقه، فلم تكن في منأى عن البحث والتعليق، والأخذ والردّ والمناقشة، ليس على مستوىٰ المدرستين فحسب، بل على مستوىٰ المدرسة الواحدة؛ لاختلاف وجهات النظر وزوايا الرؤية. لذا فإنّ أصداء التفاوت والاختلاف بين الرؤية الشيعيّة والسنّية في خصوص الضمان قابلة للبحث والمناقشة في المسائل والأجزاء المختلفة عليها، وإبراز الأبعاد العلميّة المتنوعة المودعة فيها، وبالتالي إمكان إجراء بحوث مقارنة بين الشيعة والسنّة في جميع تلك الأبعاد والمسائل، والتفاصيل المتصلة بالضمان، إضافة إلى الأبحاث المرتبطة به الذي بات أمراً لا مناص منه، وموضوعاً لا تخفى ضرورته في جميع الأحوال.

ثالثاً: إمكان إجراء مقارنة بين مجالي الفقه والحقوق

مازال الضمان يشكّل مسألة هامّة في الفقه الاسلامي؛ وقد تناوله علماء الشيعة والسنّة على حدّ سواء في بحوثهم بجديّة كبيرة. كما أنّه يقع على قدر كبير من الأهميّة في علم الحقوق؛ فطرحت نظريّات مختلفة في هذا المجال، خاصّة وأنّ الضمان في المسؤوليّة المدنية يمثّل روح الحقوق وأحد أسسها.

ولمّا ركّز كلّ من الفقه والحقوق على مسألة الضمان، واستحدث علماء المجالين تعاريف ونظريات خاصة ومشتركة، بات من الضروريّ القيام ببحوث مقارنة بين الفقه والحقوق في هذا الإطار، وتسليط الضوء على نقاط الاختلاف والافتراق بينهما.

رابعاً: احتواء بحث الضمان على القواعد الفقهية

وممّا أكسب بحث الضمان أهميّة ومكانة خاصة، هو احتواؤه على العديد من القواعد الفقهية؛ إذ يمكن مشاهدة قاعدة فقهيّة أو أكثر في معظم المسائل الفقهيّة المرتبطة بنحو من الأنحاء بموضوع الضمان، أو التي تتصدىٰ إلى بُعدٍ من الأبعاد المتعلّقة به.

ومن هذه القواعد على سبيل المثال لا الحصر:

أ ـ من استوفى مال غيره فهو له ضامن

ب ـ ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة

ج ـ الأمانة غر مضمونة

د ـ كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده

هـ ـ الأجر والضمان لايجتمعان

و ـ لايتوالى ضمان عقدين في شيء واحد

ز ـ كلّ ما لايضمن من الملتقات المأخوذة بإشهاد، لايضمن إذا أخذ بغير إشهاد.

ح ـ الرهن أمانة في يد المرتهن، غير مضمون.

ط ـ كلّ ما قبضه الإنسان من غيره بغير عوض فهو غير مضمون عليه.

ي ـ ما تصحّ إجارته فعلى متلفه الضمان.

س ـ كلّ ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة، وما لايجوز بيعة فلا قيمة على متلفه.

ع ـ كلّ جملة تكون مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها مضموناً بالأرض من القيمة دون المثل.

ومن هنا، فإنّ تعميق بحث الضمان يعدّ فرصة مناسبة للتعرّف على تلك القواعد، وتعيين موقعها ومكانتها في بحث الضمان، وبالتالي: إيضاح أبعاد تلك القواعد، وتبيين الصلة فيما بينها، ومدى كونها ناظرة إلى بعضها البعض.

خامساً: جريان الضمان في الأبواب المختلفة

إنّ الضمان يجري في الأبواب الفقهيّة المختلفة؛ فما أكثر تلك الأبواب التي يمن العثور على الضمان في جنباتها وأبعادها وزواياها. ومن تتبع يجد الضمان قد بُثت مسائله وأحكامه في ثنايا أبواب، مثل: الغصب والوديعة والعارية والبيع والإجارة والرهن والكفالة وغيرها.

وعلى هذا الأساس، فالضمان موضوع واسع النطاق، وشامل للعديد من الأبواب المختلفة، الأمر الذي يجعله بحاجة إلى مزيد من البحث والدراسة والمناقشة.

وهذا الكتاب: الضمان في الفقه الاسلامي، لمؤلّفه: علي السيد عبدالحكيم الصافي يمثّل خطوة عملية وجادة باتّجاه تنشيط الموضوعات الفقهية ذات العلاقة بمجالات اجتماعية وفردية تمسّ حياة المسلمين، فهو يسعىٰ إلى الكشف عن حقيقة الاهتمام الاسلامي بالقضايا الانسانية، وإيجاد الحلول الناجعة لها من جهة، ومن جهة أخرىٰ

يميط اللثام عن حقيقة أكثر إثارة وهي: وجود المزيد من المساحات المشتركة بين المدرستين: الشيعية والسنّية، ليس في مجال الفقه والأصول والأخلاق والرجال فحسب، بل حتّى في مجال الحقوق المدنية، والرؤية تجاه تنظيم المجتمع الاسلامي وإفادته بمفردات شكّلت طابعاً بارزاً للحضارة والمدنية الاسلامية.

وهذا يعدّ جانباً مضيئاً حرص علماء الاسلام كافة، على اختلاف مذاهبهم ومشاربهم، على إثباته وطرحه للجهور عسىٰ أن يجدوا فيه منهلاً صافياً في رفع مشكلاتهم الاجتماعية والقانونية والحقوقية.

ولذا انبرىٰ مركز الدراسات العلمية التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ليتحمّل مسؤوليته تجاه هذا الكتاب النفيس في مادته، الجميل في طرحه، الهادف في عرضه للأفكار العلمية المأخوذة عن جميع المذاهب، وإبراز أوجه التوافق والاشتراك بينها، ومناقشة أوجه الاختلاف إن وجدت، ممّا يمكن أن يساهم في تكريس طموح المجمع العالمي الأغرّ، وتجسيد أهدافه السامية.

فتلقّى مركزنا الكتاب بعناية فائقة، وبذل الجهد في تصحيح متنه وطبعه ونشره بالصورة التي عهدها القارئ الكريم، وصنّف الكتاب ضمن سلسلة دراسات فقهية وقانونية مقارنة، التي يسعىٰ مركزنا تقديمها لقرّائه، وإن شاء الله ستأتي الحلقات الأخرىٰ تباعاً.

لقد وجد المركز قيمة هذا الكتاب عالية، سواء على مستوى المحتوىٰ والمادة العلمية، أو على مستوىٰ الطرح والعرض، ويصبّ في خدمة المسلمين، وفي طموحاته أيضاً، لأنّ مركزنا يسعىٰ دائماً إلى تقديم الأفضل من المؤلّفات العلمية الهادفة، خدمة للدين وللرسالة الخالدة.

وفي الوقت الذي نشكر جهود المؤلّف المتميزة، لاننسىٰ أن نخصّ بالتقدير قسم الفقه والأصول التابع لمركزنا، بكلّ كادره وأفراده، الذين تحمّلوا عناء مراحل

تصحيحه وطبعه وإخراجه بهذه الصورة الجميلة، فجزاهم الله خير الجزاء.

نسأل المولى القدير أن يوفّقنا لخدمة أجيالنا الواعية، من خلال تقديم الأجود والأفضل من المؤلّفات الناضحة بالحقّ والموضوعية الهادفة، إنّه خير موفّق ومعين.

أحمد المبلّغي

مسؤول مركز الدراسات العلمية

التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

تقديم

العلّامة السيد محمد تقي الحكيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله، وسلام على عباده الذين اصطفى محمد وآله الطيبين الطاهرين قدّر لي أن أحضر عدّة مناقشات لرسالات جامعية، سواءٌ منها ما كان في قسم الدين هنا أم ما كان في معهد الدراسات الإسلامية العالية، وكان شعوري ـ وأنا أحضر جلسات المناقشة ـ يتأرجح[1] غالباً بين التفاؤل والتشاؤم.

التفاؤل بوجود طاقات مبدعة خلّاقة عند شبابنا، ومحاولات صادقة في بذل الجهد الواسع في سبيل الاطّلاع على أحكام الشريعة الإسلامية ومحاولة الاستفادة منها في مجالاتهم العملية.

والتشاؤم كان في الحقيقة أنّ كثيراً من هؤلاء الطلّاب ما كان لديهم الإعداد الكافي لأمثال هذه الدراسات. ونحن نعرف وتعرفون جيّداً أنّ الفقه بحر عميق جدّاً، ولا يمكن بسهولة أن يتناوله الطالب، فعمر العالم عادةً ـ وربما يستغرق منه عشرات السنين ـ قد يصرف في سبيل إعداد موسوعة فقهية تبتني على كثير من المسائل الأُصولية الدقيقة ولا ينهيها إلّا بعد جهود. وإنّ دورةً في الأُصول ـ مثلاً ـ لايمكن أن

---

١. تأرجح: مال.

يستغرقها الإنسان دراسةً بأقلّ من سبع سنوات أو ثمان سنوات، كما هو الشأن في دراستنا في النجف الأشرف كما تعلمون، فضلاً عن التوفّر على بقيّة معدّات الاجتهاد، ومع ذلك فالشيء الذي يهيّأ للطالب من المعدّات ـ سواء كان في هذه الدراسات المنهجية القائمة فعلاً أم غيرها ـ أقلّ بقليل من حاجتهم عادةً، ولذلك أنّ أخشى ما أخشاه أن تكون هذه الفترة التي يمرّون بها غير كافية لإعدادهم علماء يمكن أن يستفاد منهم الاستفادة الكاملة.

نعم، ربما يستثنى من ذلك أفراد قليلون لديهم إمكانيّات خاصّة، يمكن بسبب هذه الإمكانات أن يواصلوا دراساتهم حتى يهيّأ لهم ما يريدون، ومن القلائل الذين عرفتهم في الأقلّ هو هذا الطالب الماثل بين أيديكم فعلاً، وفي الواقع أنّ هذا الطالب وفي حدود ما تعرّف لي قبل دخوله كليّة الفقه كان من طلّاب الحوزة في النجف، وكان يواصل دراسته بجدّ وعمق، وعندما دخل الى كليّة الفقه واصل الدراسة، وكان من الطلّاب اللامعين أيضاً، ثمّ عندما دخل معهد الدراسات الإسلامية العليا وجدته أيضاً طالباً مجدّاً يمكن أن يقال في حقّه: إنّه من القلائل الذين يرجى لهم أن يستفيدوا في حياتهم الدراسية.

ومع ذلك فعندما جاءني بطلب الإشراف على رسالته في الضمان، تهيّبته، تهيّبت طبيعة الموضوع؛ لأنّي أعلم بأنّ موضوع الضمان من أعقد المواضيع الفقهية، وللعلماء فيه آراء تبتني على دقّة وعمق في الفكر لا يمكن أن يرقى الى فهمه والاستفادة منه إلّا أقلّ القليل، على أنّ الموضوع متشعّب ـ كما أشار الآن فيما عرّف به رسالته ـ فهو يدخل في أكثر من مجال في حدود ما نعلم، يدخل في بحوث القواعد الفقهية، فهناك قواعد مهمّة، كلّ قاعدة تصلح أن تكوّن رسالةً كاملةً، أمثال قاعدة (على اليد)، أو قاعدة (الإتلاف)، والتشقيقات والتفريعات التي فرّعت عليها، ومن حقّها أن تذكر عادةً هنا... يضاف الى ذلك هناك كتاب في الفقه باسم كتاب (الضمان) بحث فيه نوع منه، كما أنّ هناك بحوثاً تتعلّق به تدخل في أكثر المعاملات

الأخرى، وقد بحثها العلماء في هذه المجالات بحثاً مستوعباً. فاستغراق كلّ ما يتعلّق بهذا الموضوع وتتبّعه في مختلف مظانّه، أمر عسير جدّاً، ولكن ثقتي بجدّية الطالب وقدرته على الارتفاع الى مستوى تفهّم ما يقوله العلماء، بل الى مستوى إعطاء الرأي في بعضها، بعثني على أن أرحّب بالإشراف على الرسالة.

أنا لا أُنكر أنّني أتعبت الطالب كثيراً، وأستميحه الآن العذر؛ لأنّني لم يسبق لي أن اعتذرت منه في أثناء الإشراف، وكان يستحقّ منّي ذلك، وعذري أنّي وجدت فيه من الخلق العالي ما يتقبّل هذا الجهد الذي أبعثه عليه بعثاً في كثير من المسائل، ولذلك فسوف لا أُتعبه مرّةً أُخرى بمناقشاتي هنا لرسالته... وأرجو أن يكون أساتذتنا الكرام هم الذين يتولّون عنّي هذه المهمّة ويقدّمون له ما يمكن أن يستفيد منه في تقويم رسالته.

والشيء الذي أُريد أن أُوكّد عليه هنا: أنّ الآراء التي انتهى إليها في رسالته هي آراؤه الخاصّة، فأنا ما حاولت أن أقسره على رأي معيّن مادام لرأيه وجهة نظر مقبولة؛ لذلك أرى ـ وهذا نهجي في الإشراف على كل الرسائل التي أُشرف عليها ـ أن يكون للطالب رأي، وأن لا يفرض عليه رأي أُستاذه أو أيّ رأي آخر مهما كان صاحبه، وتترك له الحرّية في أن يختار ما يختار. فهذه الآراء التي اختارها إذن هي له ـ بحكم تمثّلها من قبله ـ وأنا في الواقع أُباركه عليها، وأرجو له مزيداً من الاستمرار في المعرفة ليمكن أن يستفاد منه في مستقبله أكثر مما استفيد منه فعلاً.. والسلام عليكم.

محمد تقي الحكيم

النجف الأشرف

تقديم

الدكتور رشدي عليان[1]

بسم الله، والصلاة والسلام على رسوله الهادي وآله التقاة وصحبه الدعاة.

وبعد فإنّ موضوع الضمان في الفقه الإسلامي من الموضوعات المهمّة، والواقع أنّ جودة البحث في مثل هذه الموضوعات من شأنها أن تُطلِعَ علماء القانون ورجالاته على ما في الشريعة الإسلامية من إيجابيّات، وتثبت بالدليل القاطع صلاحيتها لكلّ زمان ومكان، وعموميّتها وشمولها لكلّ ما يلمّ بالإنسان من وقائع وأحداث.

ومن هذا المنطلق وبعد أن اطّلع الكثير من رجال القانون على الشريعة الإسلامية أقرّ المؤتمر الذي أشار إليه السيّد عليّ ـ وهو مؤتمر لاهاي للقانون المقارن ـ كون الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون.

وهذا شيء جيّد، وكان يمكن أن يكون أجود لو أنّ السيّد عليّ ـ انطلاقاً من مؤتمر لاهاي ـ قارن بين الفقه الإسلامي بعد أن قارن داخل عائلة الفقه الإسلامي؛ وهي المذاهب الإسلامية فقط، حبّذا لو أنّه انطلق من المنطلق القانوني وقارن بين

---

١. كلمة الأستاذ الدكتور رشدي عليان رئيس قسم الدين في جامعة بغداد لدى مناقشة الرسالة. وقد ضبطناها بآلة التسجيل، وأثبتناها بعد استئذانه في نشرها.

الضمان في الفقه الإسلامي والقواعد القانونية، سيما وأنّ الضمان ممّا تعمّ به البلوى، وأنّه في البلاد الإسلامية والعربية قد قُنّن وشرّع وطبّق في سائر هذه البلاد، ولكن لا نؤاخذ ـ في الواقع ـ السيّد عليّ على عدم المقارنة؛ لأنّه من البدء قيّد موضوعه في الضمان في الفقه الإسلامي، أسبابه ومجالاته في العقود، ومن هنا كان المؤاخذ هو معهد الدراسات الإسلامية العليا الذي سجّل هذا الموضوع، وكم كان بودّي أن يلحظ المعهد المذكور هذا، وأن يشرط على الطالب المقارنة القانونية ولو في الأقلّ بالقانون العراقي؛ لتتّضح أهميّة الشريعة الإسلامية، وكونها فعلاً مصدراً للقانون؛ لأنّ القانون العراقي رجع في أكثر موادّه إلى الشريعة الإسلامية. فلكي نثبت صلاحية الشريعة، وكونها مصدراً فعلاً للقانون، يجب أن نبرز موادّ الشريعة الإسلامية على شكل قانوني حديث، بحيث يسلّم كلّ من يدرس القانون بأنّ الشريعة حيّة، وبأنّها صالحة.

في الواقع أنّ الباحث قد سلك في بحثه طريقاً مأموناً، ففي تبويبه للرسالة وفي منهجته وإخراجه لها، كان موفّقاً كلّ التوفيق ـ وبعد أن أبدى الأُستاذ ملاحظاته في المناقشة قال ـ: وأودّ أن أقول: إنّ هذه الرسالة متكاملة في أكثر أبوابها وفصولها وبحوثها، وفائدتها عظيمة، والواقع أنّ أُسلوبها أيضاً أُسلوب جميل وجليل، كلّ ذلك يدلّ على علمية السيد وطول باعه في البحث، وأنّ ما أثرت حولها من مآخذ إنّما هي شكلية أكثر ممّا هي موضوعية فلا تضرّ بهذه الرسالة، ولا تقدح في أهمّيتها، ولا تقلّل من قيمتها، فنسأل الله سبحانه وتعالى أن يوفّقه لبحوث أكثر في خدمة الشريعة والدين.

رشدي عليان

بغداد

مقدمة المؤلّف

أهمّية الضمان

تبرز أهمّية الفقه الإسلامي بأصالة مبادئه وقدرتها على احتواء حاجات الناس في مختلف عصورهم وبيئاتهم[1]؛ لما بُنيت عليه قواعد العامّة من فكرة المصلحة والعدل.

وقد أدرك كبار علماء القانون بعض ذلك، فأقرّوا في مؤتمر القانون الدولي المنعقد في لاهاي عام ١٩٣٧ الفقه الإسلامي مصدراً من مصادر التشريع. وبعد هذا الاعتراف نشطت المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعيّ في البلاد الإسلامية، وانتهت إلى أنّ قسماً ممّا تبنّاه القانون من نظريات لم تبلغ في الرقيّ ما يشاكلها في الفقه الإسلامي، أو بلغته بعد زمن بعيد: كمبدأ الرضائية في العقود، ونظرية البطلان، ونظرية السبب، والمسؤولية التعاقدية، وغيرها.

وقد عقد الدكتور السنهوري مقارنةً بين الفقهين: الإسلامي والغربي في كتابه (مصادر الحق)، فقال فيما يخصّ نظرية البطلان في الفقه الإسلامي: إنّها أوسع نطاقاً من نظيرتها في الفقه الغربي، فهي تمتدّ إلى آفاق أبعد[2].

وقال في موضع آخر: إنّها تعتبر أرقى في الصناعة من نظيرتها في الفقه الغربي[3].

---

١. البينة: الحالة.

٢. مصادر الحقّ ٤: ١٢٤.

٣. المصدر السابق: ١٨٦.

وفي مجالات ما يسمّى بالمسؤولية التعاقدية، وهي تقابل ضمان العقد فيما يقول المقارنون[١].

يقول الدكتور حسن الخطيب: ويظهر لنا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد طبّقوا نظرية العلاّمة Demogue قبل أن تتولّد أحرف هذه النظرية الخاصة، بالتفرقة بين الالتزامات التعاقدية المتعلّقة بالوسائل، والالتزامات المتعلّقة بالنتائج[٢].

ولعلّ كلمة (ضمان) في تعبير الفقه الإسلامي هي أدقّ فيما تعنيه من الناحية المالية من تعبير (المسؤولية التعاقدية)؛ لما يبرز في كلمة (مسؤولية) من الجزاء المترتّب من عدم تنفيذ القوانين العامة. وقد فضّل قسم من الفقهاء الغربيين ـ أمثال سنكتليت ـ الالتزام بهذه التفرقة.

وأهمّية الضمان ـ موضوع الكتاب ـ تتجلّى في كونه وسيلةً لتحقيق عدّة غايات تعود منفعتها على الفرد والمجتمع، وتتّصل بمجموعها بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية والنفسيّة، كما تتّصل بالجوانب الأُخروية. ففيما يتّصل بالناحية

---

١. أُنظر مصادر الحقّ ٦: ١٣٨ للدكتور السنهوري ط٣، ١٩٦٨. مصادر الالتزام ١: ٤٠١ و٤٠٧ للدكتور عبد المجيد الحكيم، ط٢، ١٩٦٣. نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية للدكتور حسن الخطيب مطبعة حداد، ١٩٦٨. ومع أنّهم قابلوا بين التعبيرين: ضمان العقد والمسؤولية التعاقدية ـ ولسنا بصدد بيان المفارقات بينهما في أُصول الأحكام ومجالاتها ونتائجها ـ إلاّ أنّ ما يمكن أن نشير إليه هو ما قاله الدكتور السنهوري في بيان تحديد الضرر في الفقهين: ففي الفقه الغربي يعوّض عن كلّ ضرر مادي أو أدبي، وفي الضرر المادي يعوّض عن كلّ ما يحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح... أمّا في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوّماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل، إلاّ في استثناءات محدودة... ومن باب أولى لا تعويض عن أيّة خسارة تحمّلها الدائن، أو عن أيّ ربح فاته....، مصادر الحقّ ٦: ١٦٨.

٢. نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية للخطيب: ٤٠.

الاقتصادية ـ وهو أوّل ما يسبق إلى الذهن من تلك الغايات ـ هو ضمان ما يأكل الإنسان من مال الغير بالباطل، وإقامة التوازن الاقتصاديّ بين ما يعطي ويأخذ في معاملاته، وذلك واضح في كلّ موارد الضمان، وقد أشرنا إلى بعض مجالاته قريباً.

وإذا تجاوزنا الغاية الاقتصادية إلى غيرها من الغايات، فالضمان وسيلة تولّد الاطمئنان لدى الإنسان بما تحفظه من حقوقه، وتنمي فيه صفة الإقدام على وضع ماله بيد الآخرين والثقة بهم في الوفاء، وناهيك بمصير حياة ـ وخاصّة في المعاملات التجارية ـ تُجرَّد منها هاتان الصفتان: صفة العطاء أو الوفاء.

والضمان أيضاً وسيلة يدرأ بها وقوع المشكلة ويزيلها إن وقعت، فإذا كان للمال ـ وهو محلّ الضمان ـ وظيفة اجتماعية، فالضمان يحول بين أن يبغي أحد على مال أحد، ويحدّد سلوك القائمين بتلك الوظيفة؛ لئلّا يتعسّفوا في استعمال حقوقهم، كما يردّ آثار بعض الأعمال السيّئة على أصحابها ممّا هو واضح في جملة من الخيارات، كالعيب والغبن والتغرير، وحتى الحالات الاستثنائية التي يرفع فيها الحظر لاعتبارات خاصّة نجد أساس الضمان لا يمسّه هذا الاستثناء، فإذا جاز للمضطرّ أكل مال الغير بدون رضاه، فإنّ ذلك لا يعني إضاعة المال وعدم ضمانه.

ومن الواضح أنّ الضمان وسيلة تمنع وجود تلك النزاعات أو تزيلها، وبذلك يدرأ خطر العداوة والبغضاء وما يعكسانه من آثار سيّئة على المجتمع.

ومن غايات الضمان وأهمّيته ما هو أبعد وأسمى ممّا تقدّم، فقد تمحّضت غاية قسم منه في رضا الرب، وتجاوزت آثاره إلى الحياة الأُخرى في نيل ثواب أو رفع عقاب، ويتمثّل ذلك فيما سارع به الإمام عليّ عليه السلام لضمان الدين عن الميت، وفي قول النبيّ صلى الله عليه وآله له: «جزاك الله خيراً عن الإسلام وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك»[1].

فالضمان إذن وسيلة لتحقيق غايات سامية هي فيما بين العبد وربّه، وفيما يتّصل

---

١. سنن الدارقطني ٣: ٧٨، نيل الأوطار ٥: ٢٥٢، مصابيح السنّة ٢: ١٢.

بخلق الإنسان واقتصاده وبقيّة روابطه، وبقدر تعلّق الشخص بأبعاد هذه الغايات ينتظمه سلوك يقيم به العدل، ويضفي عليه الخير والطمأنينة.

وقد تحدّث الفقهاء عن الضمان في مختلف مظانّه من الفقه، وهي منتشرة في أكثر بحوث المعاملات، ولم أجد ـ في حدود ما تتبّعت ـ كتاباً يجمع جلّ ما يتّصل بموضوعه، ويصوغه صياغةً خاصّة يبرز قيمته العلمية والتشريعية. وهذا ممّا حفّزني[١] إلى اختياره موضوعاً للكتاب، مضافاً إلى ما عرضته من جوانب الأهميّة فيه، وابتناء بعض المعاملات التي قيل: إنّها مستحدثة عليه، كما سيأتي:

منهج البحث

سلكت في منهج البحث أساس المقارنة بين آراء جمهرة من الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية، وبخاصّة: الإمامية، الزيدية، المالكية، الحنفية، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية[٢].

ويتلخّص المنهج بعرض المسألة التي هي محلّ البحث، واستعراض أقوال الفقهاء فيها، وبيان أدلّتهم عليها، فمقارنتها فيما بينها، ثُمّ اختيار ما يبدو رجحانه، أو استخلاص المبدأ العامّ للموضوع.

وقد اعتمدت في نقل الأفكار والأدلّة على المصادر التي تمثّل آراء أصحابها، فإن لم يتيسّر لي ذلك، رجعت إلى من نقل عنهم، وأشرت إلى النقل بالواسطة؛ لأتحلّل من تحمّل مسؤولية النقل. وحاولت جهد الإمكان أو أبسط ما يرد من عبارات مغلقة مع الاحتفاظ بالمؤدّى. كما أنّي لم أقتصر على المصادر الفقهية بل أضفت إليها كلّ ما يستدعيه الموضوع، ويستعان به على البحث المقارن من كتب

---

١. حفزه: حثّه وحرّكه، دفعه من خلفه.

٢. راعينا في ترتيب المذاهب الإسلامية السبق الزمنيّ لها.

اللغة والتفسير والحديث والأُصول وغيرها.

شكر وتقدير

أمّا فكلّ ما قدّمناه حصيلة استفدناها من العلماء الأعلام، فإن وفّقنا لفهم ما قالوه وإيضاح ما قصدوه، فللّه المنّة علينا أن هدانا، ولهم الفضل فيما اقتطفنا من ثمراتهم، وإن أخطأنا فلا نملك إلّا أن ندعو ضارعين: ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا، ونستميح فقهاءنا الأبرار العفو.

كما أتقدّم بكل تقدير وإعجاب بخالص شكري لأُستاذي الجليل العلاّمة السيد محمد تقي الحكيم الذي شارك في توجيهي وأنا في كلّيّة الفقه، ثم في معهد الدراسات الإسلامية العليا في جامعة بغداد، كما تفضّل بقبوله الإشراف على إعداد هذا الكتاب، وذلك لما أبداه في توجيهاته العلمية وملاحظاته الدقيقة. نفع الله الأُمّة بثمرات علمه، ومتّعنا بطول بقائه.

ولا يفوتني أن أتقدّم بوافر الشكر والتبجيل إلى الأُستاذ الفاضل الدكتور رشدي عليان رئيس قسم الدين في جامعة بغداد، فيما ألقاه حول تقييمه الكتاب؛ ثم إعلانه فور انتهاء المناقشة العلنية ـ تقديراً من لجنة المناقشة للكتاب ـ عن تبنّيّ قسم الدين طبعه على نفقة جامعة بغداد. وإن دلّت هذه الالتفاتة الطيّبة على شيء فإنّما تدلّ على حبّ المعنيين بقسم الدين للعلم ونشر الفضيلة وتشجيع روّادها؛ ونأمل أن يحقّق قسم الدين آفاقاً أبعد في العلم والمعرفة، وفيما يصبو إليه من الأهداف الخيّرة النبيلة.

كما لايفوتني من تقديم شكري الجزيل إلى مركز الدراسات العلمية التابع للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب اسلامية على حسن احتضانه لهذا الكتاب، ودعمه الكبير لنا في تصحيح وتنقيح وطبع هذا السفر الفقهي المقارن، ونشره في

الأوساط الثقافية؛ خدمة للدين وتعاليمه السامية، وأخصّ بالذكر الشيخ أحمد المبلّغي مسؤول المركز وسائر أفراده وكوادره، فجزاهم الله جزاء المحسنين.

وختاماً، الله أسال أن يوفّقني لمرضاته والتفقّه في دينه، إنّه نعم المولى ونعم النصير.

علي عبد الحكيم الموسوي الصافي

المعقل ـ البصرة

المدخل

ويشتمل على تحديد مفردات:

١. الضمان

٢. الفقه

٣. السبب

٤. العقد

الـضـمان

أ ـ الضمان في اللغة

هو من ضمن الشيء وبه: كفله. وضمنته الشيء فتضمّنه عني: غرمته فـالتزمه. وتضمّنه: اشتمل عليه. والمضامين ما في أصلاب الفحول[1] وضمن المال منه: كفّل له به... وضمنته إياه...[2] وضمَّن الشيء الشيء: أودعه إياه كما تودع الوعاء المـتاع... وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه[3]. وقال بعض الأعلام: الضمان مأخوذ من الضمّ. إلّا أنّ جهة الاشتقاق لا تساعد عليه؛ لأنّ نونه أصلية، والضمّ لا نون فيه[4].

وعلى هذا فالمستفاد من اللغة أنّ الضمان بمعنى الالتزام والتعهّد والكفالة ودخول شيء في شيء وإحاطته به، واشتقاقه من «الضمن» لا من «الضمّ» لاختلافهما مادةً ومعنىً، إذ الضمّ قبض شيء إلى شيء وجمعهما[5].

بين الكفالة والضمان

قال في مجمع البحرين: والكفالة ضمّ ذمّة إلى ذمة في حقّ المطالبة، قاله فـي

---

١. القاموس ٤: ٢٤٣ (باب النون ـ فصل الضاد).

٢. أساس البلاغة: ٢٢٨ (كتاب الضاد).

٣. لسان العرب ١٣: ٢٥٧ (حرف النون فصل الضاد).

٤. مجمع البحرين ٣: ٢٨ (كتاب النون ـ باب ما أوّله الضاد).

٥. القاموس ٤: ٢٤٣ ومجمع البحرين ٣: ٢٨.

المغرب، وإن شئت قلت: الكفالة هي التعهّد بالنفس[١].

وفي الفروق اللغوية: إنّ الكفالة تكون بالنفس والضمان يكون بالمال، فالضمان التزام شيء عن المضمون، والكفالة التزام نفس المكفول به. وفي القرآن ﴿وكفّلها زكريا﴾[٢] ولم يقل: ضمنها...[٣].

ويؤيّد هذا الرأي عدم استعمال القرآن الكفالة ـ وقد ذكرها في أربعة مواضع ـ[٤] إلّا في النفس. وعليه فالنسبة بينهما هي التباين مفهوماً ومصداقاً[٥].

الضمان بالمعنى المصدري والاسم المصدري

اللغة وإن ساوت بين المصدر واسم المصدر في الدلالة، إلّا أنّها ميّزت بينهما باللحاظ كما ميّزت بينهما في اللفظ غالباً. فالمصدر أقرب إلى الفعل منه إلى الاسم، لذا يلحظ فيه الفاعل كما يلحظ في الفعل فاعله، أمّا اسم المصدر فهو نفس الحدث من دون ملاحظة إضافته إلى فاعله، لذا كان أقرب إلى اسم الذات منه إلى الفعل عكس المصدر، ولهذا قلّما يعمل عمل فعله خلافاً للمصدر إذا استجمع شروطه[٦].

---

١. مجمع البحرين ٥: ٤٦٣.

٢. آل عمران: ٣٧.

٣. الفروق اللغوية: ١٧١.

٤. انظر المرشد

٥. الألفاظ بحسب معانيها تنقسم إلى مترادفة ومتباينة، والتباين هو: أن تكون معاني الألفاظ مكثرة بتكثّر الألفاظ، بمعنى أنّ مفاهيمها متغايرة، كما أنّ النسبة بينها بلحاظ المصداق تنقسم إلى أربعة أقسام: ١ ـ التساوي ٢ ـ التباين ٣ ـ العموم والخصوص مطلقاً ٤ ـ العموم والخصوص من وجه. (انظر منطق المظفر ١: ٣٦ و٥٨).

٦. ألفية ابن مالك مع شرح ابن عقيل ٢: ١٠٠، شرح الألفية لابن الناظم ١٦٠ و ١٦١، تهذيب التوضيح ١: ١٩٠.

فالضمان إن لوحظ باعتبار إنشاء الضامن وجهة صدور الفعل عنه فهو المعنى المصدري، أي فعل المتعهّد وجعل الشيء في العهدة، ولذا فهو أمر حدوثي آنيّ بداهة أنّ جهة صدور الفعل من فاعله أمر آنيّ انصراميّ[١]. وإن لوحظ في الضمان نفس الفعل من دون إضافته إلى الضامن فهو الاسم المصدريّ، أي نفس التعهّد، ويقتضي بقاؤه في ذاته بعد ما أوجده الضامن بإنشائه.

وللتمييز بينهما آثاره الفقهية، فيختلف الحكم تبعاً لاختلافهما، كما قد يأتي توضيحه في بعض المباحث.

ب ـ الضامن في القرآن

والضمان بمادّته لم يرد في الكتاب الكريم[٢]، وجاء فيه ما يساوقه كزعيم وكفيل ومن ذلك:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾[٣] أي كفيل به وضمين له[٤]. والزعيم والكفيل والضمين نظائر[٥].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقاً﴾[٦].

وبملاحظة رأي جمع من المفسّرين[٧] نجد أنّ معنى الكفالة ـ وبقرينة بقية الآية ـ

---

١. كشف الحقائق ٤: ٢٥ ـ ٢٦، تعليقة على مكاسب الأنصاري للآملي ١: ٣٠٠ و٢: ٧٣ ـ ٧٤، مصباح الفقاهة للتوحيدي ٣: ٤٩.

٢. لم أجدها في المرشد، ولم أرها في الكتب التي تعنى بها عادةً لو وجدت.

٣. يوسف: ٧٢.

٤. تفسير التبيان ٢: ١٠٧.

٥. مجمع البيان ٣: ٢٥١.

٦. آل عمران: ٣٧.

٧. كتفسير الرازي ومجمع البيان والنسفي والوجيز وغيرها.

تعني التعهّد بالنفس اهتماماً بمصالحها والرعاية لها والإنفاق عليها لا مجرّد الضمّ والقبول.

ج ـ الضمان في السنّة

وردت لفظة «الضمان» ببعض مشتقّاتها على لسان النبيّ ﷺ، ومن جملة أحاديثه:

١ ـ قوله ﷺ: «اضمنوا لي ستّاً من أنفسكم أضمن لكم الجنّة: اصدقوا إذا حدّثتم، وأوفوا إذا وعدتم وأدّوا إذا ائتمنتم، واحفظوا فروجكم وغضّوا أبصاركم، وكفّوا أيديكم»[١].

٢ ـ قوله ﷺ: «من تطبّب ولم يعلم منه طبّ فهو ضامن»[٢].

٣ ـ قوله ﷺ: «أعدّ الله لمن خرج في سبيله، لا يخرجه إلّا جهاد في سبيلي، وإيمان بي، وتصديق برسلي، فهو عليّ ضامن أن أُدخله الجنة»[٣].

٤ ـ قوله ﷺ: «الإمام ضامن والمؤذّن مؤتمن»[٤]. أراد بالضمان الحفظ والرعاية، لأنّه يحفظ على القوم صلاتهم. وقيل: إنّ صلاة المقتدين به في عهدته وصحّتها مقرونة بصحّة صلاته، فهو كالمتكفّل لهم صحّة صلاتهم.

٥ ـ قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[٥].

والضمان في هذه الروايات لم يخرج عن معناه المحدّد له لغةً[٦].

---

١. مسند أحمد ٥: ٣٢٣.

٢. سنن الدارقطني ٤: ٢١٦، سنن ابن ماجة ٢: ١١٤٨.

٣. سنن ابن ماجة ٢: ٩٢٠، سنن النسائي ٨: ١١٩.

٤. سنن الترمذي ٢: ٨، الجامع الصغير ١: ١٢٣.

٥. سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٤، نيل الأوطار ٥: ٢٢٦.

٦. انظر تفسير بعض روايات الضمان من الناحية اللغوية، لسان العرب ١٣: ٢٥٧ ـ ٢٦٠.

د ـ الضمان لدى الفقهاء

وما يستفاد من كلمات الفقهاء في استعمال هذه الكلمة هو:

١ ـ النقل من ذمّة لأُخرى، فبالضمان ينتقل مبلغ الدين أو الحقّ إلى ذمّة الضامن بدلاً عن المدين الأصلي، وتفرغ ذمة الأخير منه، وهو ما قاله الإمامية[١]. والظاهرية[٢] وآخرون في ضمان الديون، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين عنه[٣]، وابن حجر ونسبه للشافعية، وذلك في ضمان دين الميّت وحسب[٤]، وكذا عند اشتراط نقل المضمون إلى ذمّة الضامن فيكون ضماناً في معنى الحوالة كما نصّ عليه بعضهم[٥].

٢ ـ ضمّ ذمة للذمّة ومسؤولية لمسؤولية وانشغال الذمتين بالمضمون، وبه يحقّ للمضمون له مطالبة من شاء من المدين والضامن، كما عليه الحنابلة[٦] والشافعية[٧]، وهو الطريق الآخر للحنفية[٨]، وأحد قولي مالك[٩].

٣ ـ ضمّ ذمّة لذمّة كسابقه، فالضامن فيه مسؤول عن أداء المضمون للمضمون له، ويفترق عنه في أنّ تعهّده مادام المضمون موجوداً وإلّا فلا خسارة، وذلك كالكفالة بتسليم العين عند الحنفية[١٠]، ومثله ضمان ردّ الأعيان لدى الشافعية[١١].

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٨٢.

٢. المحلّى ٨: ١١١.

٣. المغني ٤: ٤٩٢.

٤. الفتاوى الكبرى لابن حجر ٣: ٧٢.

٥. المبسوط للسرخسي ٢٠: ٤٦.

٦. المغني ٤: ٤٨٠.

٧. المهذّب مع التكملة ١٣: ٤٦٦.

٨. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١.

٩. مختصر خليل ٥: ٩٦، بداية المجتهد ٢: ٢٩٢، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٤.

١٠. درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام ١: ٦٢٤، المادة ٦٣١ من مجلّة الأحكام.

١١. تحفة المحتاج ٥: ٢٥٠ و٢٦٦، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٥.

٤ ـ التعهّد بالأداء لا التعهّد بالدين في عرض مسؤولية المدين. وهذا ـ يعني أن متعلّق المسؤولية ـ مختلف، فليس الضامن والمدين مشغولي الذمّة بذات المال في آنٍ واحد، بل الضامن تشغل ذمّته بقيمة المضمون على تقدير تلفه؛ لذا ليس للمضمون له الرجوع على الضامن ابتداءً، بل عند امتناع المدين عن دفع المضمون، كضمان الدرك أو العهدة عند قسم من الفقهاء[1]، وهو القول الآخر لمالك في الديون[2]، وكما في ضمان الوجه والطلب عند المالكية[3].

٥ ـ ضمّ ذمّة لذمّة في المطالبة وبقاء الدين في الذمّة الأصليّة، وهو أحد قولي الحنفية[4].

٦ ـ الغرامة وكون الخسارة على الضامن، فمن أتلف مال غيره فهو له ضامن[5].

٧ ـ نقص المال من الناحية التجارية، كما في تلف المبيع قبل قبضه، فعهدته على بائعه، وتلفه نقص في أمواله[6].

تلخيص واختيار

ومن مجموع ما عرضناه من معاني الضمان يتّضح:

١ ـ أنّ الضمان والكفالة مترادفان لدى بعضهم، فهما موضوعان لمطلق التعهّد، سواء أكان بالمال أم بالنفس، وتشخيص كل واحد منهما ـ أي النفس أو المال ـ إنما

---

١. تحفة المحتاج ٥: ٢٤٧ و ٢٥٠، شرح بلغة الفقيه ٢: ٣٤٥، البنك اللاربوي في الإسلام ٢٣٠.

٢. حاشية الدسوقي: ٣٠٨.

٣. حاشية الدسوقي ٣: ٣٣٧، بداية المجتهد ٢: ٢٩١، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٤.

٤. المبسوط ١٩: ١٦١.

٥. هداية الطالب ١: ٢٠٤ ـ ٢٠٥، تحرير المجلّة ١: ٨٥، وراجع فيما يأتي قاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن».

٦. راجع فيما يأتي قاعدة «تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه».

يكون بالقرينة.

٢ ـ الضمان هو خصوص التعهّد بالمال، والكفالة هي خصوص التعهّد بالنفس، فهما على هذا الرأي متباينان مصداقاً.

وأرجح الرأيين في بدو النظر هو الأوّل لنصّ أكثر أهل اللغة[١]. وإذ جوّزوا استعمال الضمان في كل من المال والنفس، فقد اخترنا استعماله في المال دون استعماله بالنفس وآثرناه عليه بالنظر؛ لنصّ صاحب الفروق[٢]، وهو المعنيّ بخصائص اللغة، ولعدم ورود الكفالة في القرآن بغير التعهّد بالنفس، وربّما تأيّد ذلك بدعوى انسباقه إلى الذهن، ولم يثبت اصطلاح خاصّ للفقهاء فيه لنتقيّد به. لذا اقتصر الكتاب في بحوثه على خصوص ما يتعلّق بالمال؛ وفاقاً لاصطلاح قسم من الفقهاء، وهم الإمامية والشافعية والحنابلة وغيرهم[٣].

لوازم الضمان

الضمان ـ كما مرّ ـ هو نفس التعهّد بالشيء، وله لوازم شرعية تكليفية ووضعية، ومن لوازمه كون دَرَك المضمون على الضامن وخسارته من ماله. وتفسير بعضهم الضمان بأنّه كون درك المضمون عليه، هو تفسير باللازم.

تقسيمات الضمان

والضمان من حيث تحقّقه بالفعل أو بالعقد قسمان: ضمان فعل وضمان عقد.

فالأوّل ـ أعني ضمان الفعل ـ هو ما يتوقّف وجوده على تحقّق فعل خارجيّ، كغصب مال الغير وإتلافه.

---

١. مفردات غريب القرآن: ٤٣٦.

٢. الفروق اللغوية: ١٧١.

٣. رياض المسائل ١: ٥٩٦، تحفة المحتاج ٥: ٢٤١ و٢٥٧، دليل الطالب لنيل المطالب: ٤٣، البحر الزخّار ٥: ٧٠.

الثاني ـ أعني ضمان العقد أو الإنشاء ـ هو ما يتوقّف وجوده على تحقّق عقد أو إنشاء.

يقول السيوطي في تقسيمه المضمونات: أحدها ما يضمن ضمان عقد قطعاً، وهو ما عيّن في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح[1].

ضمان عقد وضمان معاوضة

يقصد من ضمان العقد غالباً ضمان المعاوضة، كما رأينا من نصّ السيوطي السابق، وصحّة إطلاقه عليه لأنّه أخصّ منه. أمّا مفهوم ضمان العقد فهو أعمّ من ضمان عقد المعاوضة كالبيع، أو ممّا لا معاوضة فيه كمهر الزوجة قبل القبض حتى لو اشترط الوطء إذا لم نقل إنّه من ضمان اليد، أو ما يدّعى بعقد الضمان أو الكفالة أحياناً. نعم قد يطلق ضمان المعاوضة على ما لم يكن عن عقد، كما في المعاوضة القهرية.

وإذن فالفرق بين ضمان العقد وضمان الفعل هو:

١ ـ حاجة ضمان العقد في تحقّقه إلى إنشاء، أمّا ضمان الفعل فيتوقّف تحقّقه على فعل لا إنشاء.

٢ ـ إنّ ضمان العقد مردّه ما اتّفق عليه المتعاقدان أو بدله، كما يقول السيوطي[2]، وضمان الفعل مردّه المثل أو القيمة.

الضمان العقدي من حيث الأركان

وضمان العقد أو الإنشاء ينقسم من حيث أركانه إلى قسمين هما:

١ ـ ضمان ذو ثلاثة أركان، وهو ما وجد فيه مضمون ومضمون له، وضامن،

---

١. الأشباه والنظائر: ٢٧٧ و٢٧٨.

٢. المصدر السابق: ٢٧٧.

كالضمان بالأمر المعاملي، مثل المستوفي من الغير ماله أو عمله المحترم، وكضمان المعاوضة، ومنه يعرف أنّ مجالاته مختصّة بالعقود الأصلية.

٢ ـ ضمان ذو أربعة أركان، وهو ماوجد فيه مضمون ومضمون له وضامن ومضمون عنه، كمن يضمن دين غيره، ويعرف في الكتب الفقهية باسم «عقد الضمان»، ومنه يتبيّن أنّ مجالاته مختصّة بالعقود التبعية.

ومن تقسيمات الضمان انطلق تقسيم الكتاب إلى بابين، فتركّز اعتماد الباب الأوّل منه ـ وهو أسباب الضمان ـ على ضمان الفعل من يد وإتلاف واعتمد الباب الثاني ـ وهو مجالات الضمان في العقود ـ على ضمان العقد بقسميه السابقين.

خصائص الضمان

ومن تقسيم الضمان إلى ضمان فعل وضمان عقد نستكشف خصائص هذه التقسيمات:

١ ـ حاجة الضمان الأوّل إلى الفعل، وحاجة الضمان الثاني إلى الإنشاء.

٢ ـ دَرَك ضمان الفعل هو المثل أو القيمة، ودَرَك ضمان العقد الصحيح هو المسمّى.

٣ ـ ضمان الفعل ينحصر في الثلاثيّ الأركان، أمّا ضمان الإنشاء فقد يكون ذا ثلاثة أركان أو أربعة.

٤ ـ الضمان ذو الأربعة أركان تابع لضمان أصليّ، إذ الضامن فيه دائماً يضمن عن غيره، فمجاله عقديّ لا فعل خارجيّ. أمّا الضمان ذو الثلاثة أركان فليس تابعاً لغيره، بل هو ضمان أصليّ، لا فرق بين تحقّقه عن إنشاء كالضمان بالأمر المعاملي، أو تحقّقه عن فعل كمن أتلف مال الغير.

الفقه

أ ـ الفقه في اللغة

الفقه لغةً العلم بالشيء والفهم له[١]. كما يطلق على الفطنة وإدراك غرض المتكلّم، ففي تاج العروس: والفقه: الفطنة[٢]. قال الجوهريّ: قال أعرابيّ لعيس بن عمر: شهدت عليك بالفقه[٣].

ب ـ الفقه في القرآن

وردت بعض مشتقّات «الفقه» في القرآن الكريم. وفي جملة من التفاسير: أنّ المقصود بمادّة «الفقه» في الآيات هو مدلولها اللغويّ، وهو الفهم، وإن ذكروا للمراد ببعضها وجوهاً[٤]، ومن ذلك:

١ ـ قوله تعالى: ﴿قَالُواْ يَا شُعَيْبُ مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِّمَّا تَقُولُ﴾[٥].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿فَلَوْلاَ نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُواْ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾[٦].

ج ـ الفقه في السنّة

وردت كلمة «الفقه» على لسان الرسول الأعظم ﷺ بمعنى الفهم أو علم الشريعة، ومن ذلك:

---

١. لسان العرب ١٣: ٥٢٢ باب الهاء.

٢. تاج العروس ٩: ٤٠٢ فصل الفاء من باب الهاء.

٣. الصحاح ٦: ٢٢٤٣ فصل الفاء من باب الهاء.

٤. تفسير الرازي ١٨: ٤٩، مجمع البيان ٣: ١٨٦، وأيضاً في تفسير آية النفر: ٨٣ ـ ٨٤، تفسير ابن كثير ٢: ٤٠١.

٥. هود: ٩١.

٦. التوبة: ١٢٢.

١ ـ قوله ﷺ «كفى بالمرء فقهاً إذا عبد الله، وكفى بالمرء جهلاً إذا أعجب برأيه»[١] وفي حديث سلمان أنّه قال لامرأة: فقهت، أي علمت وفهمت[٢].

٢ ـ قوله ﷺ: «ربّ حامل فقه ليس بفقيه، وربّ حامل فقه إلى من هو أفقه منه»[٣].

د ـ الفقه في الاصطلاح

وللفقه في الاصطلاح عدّة تحديدات:

منها: ما عرّفه الكاساني بأنّه علم الحلال والحرام وعلم الشرائع والأحكام[٤].

ومنها: العلم بالأحكام الشرعيّة الثابتة لأفعال المكلّفين خاصة[٥].

ومنها: العلم بالأحكام الشرعية عن أدلّتها التفصيلية[٦]، أو بإضافة «الاستدلال» إليه، فهو العلم بالأحكام الشرعيّة عن أدلّته التفصيلية بالاستدلال[٧].

وعرّفه الشافعيّ العلم بالأحكام الشرعية العملية عن أدلّتها التفصيلية[٨].

ومنها: ما قاله الآمدي: العلم الحاصل بجملة من الأحكام الشرعية الفروعية بالنظر والاستدلال[٩].

ومن تعاريف الفقه هو: مجموع الأحكام الشرعية الفرعية الكلّية، أو الوظائف

---

١. الجامع الصغير للسيوطي بشرح المناوي ٢: ٩٠.

٢. مجمع البيان ٣: ٨٣.

٣. الفتح الرباني للساعاتي ١: ١٦٤.

٤. نقلاً عن مباحث الحكم لمدكور: ١٢.

٥. المستصفى للغزالي ١: ٣.

٦. مسلّم الثبوت للبهاري ١: ٥.

٧. إرشاد الفحول للشوكاني: ٣

٨. نقلاً عن مباحث الحكم لمدكور: ١٢.

٩. الأحكام للآمدي ١: ٨.

المجعولة من قبل الشارع، أو العقل عند عدمها المستنبطة من أُصولها، كما يستفاد من الأُصول العامّة للفقه المقارن[١].

التعريف المختار

إنّ المتبادر من كلمة «الفقه» في اصطلاح الفقهاء والأُصوليّين، هو ما انتزع من الأدلّة من أحكام شرعية فرعية كلّية، أو وظائف مجعولة من الشارع، أو العقل عند عدمها، لرفع حيرة المكلّف عند فقدان العلم بالأحكام، وهذا ما لا يسَعُه أكثر تلك التعاريف؛ إمّا لقصر بعضها الفقه على العلم بالحكم، وإمّا لجعلها الفقه هو نفس الأحكام. وما ينسجم وطبيعة البحث هو الأحكام أو الوظائف المستنبطة من الأدلّة، اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ قصر الفقه على مؤدّى تلك التحديات هو مصطلح خاصّ بأصحابها، وليس لأحد أن ينازع أحداً فيما اصطلح عليه.

وإذن فالمختار والمناسب لمدلول كلمة «فقه» في الكتاب هو: الأحكام الشرعية الفرعية الكلّية، أو الوظائف المجعولة من الشارع، أو العقل عند عدمها المستنبطة من الأدلّة.

السبب

أ ـ السبب في اللغة

وهو: ما يتوصّل به إلى غيره[٢]، ومنه سمّي العلم والقدرة والحبل أسباباً. وحدّه: ما يحصل الشيء عنده لا به[٣].

---

١. الأُصول العامّة للحكيم: ٤٠.

٢. القاموس المحيط ١: ٨١ فصل السين من باب الباء.

٣. المستصفى ١: ٦٠.

ب ـ السبب في القرآن

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَلْيَرْتَقُوا فِي الأَسْبَابِ﴾[١] وفسّرت الأسباب بأبواب السماء وطرقها عن مجاهد وقتادة، وقيل: إنّها الحيل، أي فليحتالوا في أسباب توصّلهم إلى السماوات ليأتوا بالوحي إلى من اختاروا[٢].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الأَسْبَابُ﴾[٣] قال في مجمع البيان:... فلا ينتفعون بالأسباب على اختلافها من منزلة أو قرابة أو مودّة أو حلف أو عهد على ما كانوا ينتفعون بها في الدنيا[٤]. ومثله ما جاء في تفسير الجلالين وغيره في تفسير الآية وغيرها من الآيات من أنّ مدلول السبب هو معناه اللغوي[٥].

ج ـ السبب في السنّة

وجاء في الحديث قوله ﷺ: «كل سبب ونسب ينقطع إلّا سببي ونسبي» وفسّر السبب بالزواج[٦].

د ـ السبب عند الأصوليّين

يبدو أنّ للسبب عندهم معاني مختلفة تتّضح من نسبته إلى العلّة لديهم:

١ ـ كونه أعمّ من العلّة، لأنّ السبب في تحديد بعضهم معنى ظاهر منضبط جعله الشارع أمارةً للحكم[٧]، فهو أعمّ مما كانت المناسبة فيه ظاهرةً من تشريع الحكم أو

---

١. سورة ص: ١٠.

٢. مجمع البيان ٤: ٤٦٧.

٣. البقرة: ١٦٦.

٤. مجمع البيان ١: ٢٥١.

٥. تفسير الجلالين: ٣٤.

٦. مجمع البحرين في تفسير قوله تعالى: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الأَسْبَابُ﴾، مسند أحمد ٤: ٣٣٢.

٧. مباحث الحكم لمدكور: ١٣٥، الأحكام للآمدي ١: ١١٨، إرشاد الفحول للشوكاني: ٦.

غير ظاهرة، فالشارع لم يبْنِ حكمه على مثل الإسكار والدلوك إلّا لتحقيق حكمة الحكم، غاية الأمر أنّ هذه الحكمة قد تخفى كماهو الشأن في مثل جعل زوال الشمس أمارةً لمعرفة إيجاب الصلاة؛ إذ لا تدرك العقول حكمة اختصاص هذه الحصّة من الوقت دون غيرها لترتّب الحكم. وقد تظهر الحكمة ـ كما هو الشأن ـ في مثل الإسكار؛ لكونه مظنّة لتحقيق الحكمة وهي المحافظة على العقول مثلاً. فإذا كانت المناسبة ظاهرةً اختصّ هذا السبب ـ كالإسكار ـ باسم العلّة، وإلّا سمّي بالسبب فقط كالدلوك. فالسبب أعمّ ممّا كانت المناسبة ظاهرةً أو خفيّةً بخلاف العلّة، فيكون شاملاً لها[1]؛ إذ كلّ علّة سبب وليس كلّ سبب علّةً، والسبب بمعناه السابق هو: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم[2].

٢ ـ السبب يباين العلّة؛ وقصر بعضهم السبب على ما ليس بينه وبين المسبّب مناسبة ظاهرة[3]. فتكون النسبة بينه وبين العلّة بمعناها السابق نسبة التقابل والتباين.

٣ ـ السبب يرادف العلّة، وذكر الشوكاني في معنى العلّة أقوالاً وأنّ لها أسماء تختلف باختلاف الاصطلاحات، فيقال لها السبب والأمارة... إلى آخره[4]، وأنّ الشاطبي يسمّي كلاً منهما علّةً[5]، وإذن فكون السبب أمارةً للحكم يرادف معنى العلّة التي جعلت علامة عليه من دون لحاظ المناسبة وجدت أم لا، وبهذا التعريف قد يكون السبب أخصّ من العلّة، إذا عرّف السبب بما ليس بينه وبين الحكم مناسبة ظاهرة، وكانت العلّة أعمّ مما كانت المناسبة فيها ظاهرةً أم لا.

---

١. أصول الفقه الإسلامي لشاكر حنبلي: ٢٣٥.

٢. مباحث الحكم عند الأصوليين: ١٣٦.

٣. المصدر السابق: ١٣٧.

٤. إرشاد الفحول: ١٩٣.

٥. الموافقات ١: ١٨٧، ١٨٨، ويقصد بالعلّة هي: المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنّتها كانت ظاهرةً أو غير ظاهرة منضبطة، أو غير منضبطة، الموافقات ١: ٢٦٥.

هـ ـ السبب عند الفقهاء

ذكر الغزاليّ أنّ الفقهاء أطلقوا لفظ السبب على أربعة أوجه[١]:

الأوّل: ما يطلق في مقابلة المباشرة، فحافر البئر سبب، والمردي[٢] مباشر.

الثاني: سبب العلّة أو علّة العلّة، كالرمي بالنسبة للقتل، ولتحقيق أنّ الموت حصل بالواسطة لا بالرمي.

الثالث: ذات العلّة مع تخلّف وصفها، كقولهم: تجب الكفارة باليمين دون الحنث، فاليمين سبب مع أنّه لابدّ من الحنث في وجوب الكفّارة.

الرابع: الموجب، فيكون السبب بمعنى العلّة، وهو ما يحصل الحكم به. واستحسنه الغزالي بالنسبة للعلل الشرعية؛ لأنّها في معنى العلامات المظهرة[٣]، فشابهت ما يحصل الحكم عنده.

ويراد بالسبب ـ في مقابل المباشرة ـ ما يفضي إلى الحكم من دون تأثير به بخلاف العلّة، ويجى أن تتوسّط العلّة بينه وبين الحكم، لذا تختلف إضافة الحكم إليه أو إلى العلّة تبعاً لقوّة أحدهما وضعف الآخر. فينقسم السبب من هذه الجهة إلى قسمين:

أحدهما: سبب يضاف إليه أثر الفعل ـ وهو ما يدعوه الحنفيّة سبباً بمعنى العلّة ـ[٤] كمن ساق دابّةً فعدَتْ فأتلفت مالاً، فالسبب هو السوق، وعلّة الإتلاف هو الخطأ، ومعه يضاف الإتلاف إلى السائق.

---

١. المستصفى ١: ٦٠.

٢. أرداه في البئر: أسقطه فيها.

٣. المستصفى ١: ٧٥.

٤. أصول السرخسي ٢: ٣١١، التوضيح لمتن التنقيح ٢: ١٣٧.

ثانيهما: سبب لا يضاف إليه الحكم؛ لكون العلّة فعلاً مختاراً، كما إذا دلّ إنسان سارقاً على مال فسرقه، فالعلّة هي فعل السارق والسبب هو الدلالة.

بعض معاني السبب عند الفقهاء

وتناولت كتب الفقهاء إطلاقات أُخرى للسبب[١]، نجعل منها ما جاء في كتاب «سبب الالتزام»: فقد بحث الدكتور جمال الدين محمد السبب كعنصر للعقد. وتتلخّص نظرية السبب في عقود المعاوضة في تحقيق التوازن في مضمون العقد بين المتعاقدين، وفي الغاية المشروعة من العقد، وذلك بأن تراعى مقاصد الشارع، فيكون قصد العاقد والباعث له على التصرّف متّفقاً معها.

أمّا كيف يتحقّق التوازن في مضمون العقد؟ فبما فرضه الشارع من قيود في تحريم الربا والغرر والشروط الفاسدة وإلى آخره.

فعلّة التحريم في الربا مثلاً انتفاء البدل واختلال المبادلة أو المعاوضة، وكذا الحال بسبب ظروف العقد أو غيره ممّا ذكره، ومتى ما استجمعت المعاوضة شرطين كانت معتبرةً شرعاً:

أحدهما: تحقيق المعاوضة بالتوازن بين حقوق العاقد والتزاماته.

وثانيهما: شرعيّة الغاية في المعاوضة التي تقوم بدور السبب، فعصير العنب لايجوز بيعه ممن يتّخذه خمراً. فقد روعي في هذا الشرط الباعث على العقد والغاية التي تؤدّي العقد إليها، على خلاف بين المذاهب في البواعث التي قد تتستّر وراء العقد. وشرط شرعية الغاية هذا يبقى حتى لو كان العقد من غير عقود المعاوضات، كالتبرّعات والضمان. فالتوازن في مثلها مفقود، لقيامها على التبرّع أو عدم مراعاته.

---

١. أُنظر كتاب سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي: ٢١٢ ـ ٢٢٤ نظرية العقد في الفقه الجعفري.

المختار من معاني السبب

لمّا كان السبب طريقاً موصلاً للشيء فقد أناط الشارع حكمه به وجعله مُعرّفاً وعلامةً[١]، ومن جهة ترتّب الحكم على موضوعه في عدم تخلّفه عنه، سمّي الموضوع في باب الوضعيات سبباً، كالعقد بالنسبة للملكية[٢]، واليد العادية بالنسبة للضمان، وهكذا، وهو المختار من معنى السبب في الكتاب.

العقد

أ ـ العقد في اللغة

العقد لغةً هو العهد أو المؤكّد منه، وهو الربط والشدّ، قال الفيروزآبادي: عقد الحبل والبيع والعهد: شدّه، والعقد: الضمان والعهد[٣].

وقال ابن منظور: يقال: عهدت إلى فلان في كذا... ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه... ألزمته ذلك باستيثاق[٤]. وفي قول الحطيئة إشارة لهذه التفرقة:

أُولئك قوم إن بنوا أحسنوا البنا وإن عاهدوا أوفوا وإن عاقدوا شدّوا

ومع أنّ صاحب مجمع البحرين أبان كون العقود هي أوكد العهود كما في لسان العرب، تصدّى لذكر المائز بين العقد والعهد من جهة أُخرى فقال:

إنّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشدّ، ولا يكون إلّا من متعاقدين، والعهد قد يتفرّد به الواحد... وأصله عقد الشيء بغيره، وهو وصله به كما يعقد الحبل[٥].

---

١. الإحكام للآمدي ١: ١١٩، المستصفى ٢: ٩٣.

٢. منتهى الأُصول للبجنوردي ٢: ٤٠٠، مصباح الفقاهة للتوحيدي ٢: ١٩٤.

٣. القاموس المحيط ١: ٣١٥ باب الدال فصل العين.

٤. لسان العرب ٣: ٢٩٧.

٥. مجمع البحرين ٣: ٢١٧.

وإذن فالعقد قد يطلق ويراد به الجمع والربط بين الأطراف، كما يقال: عقدت الحبل، وقد يطلق ويراد به إحكام الشيء وتقويته وكلّ ما يفيد التزاماً، ومنه الضمان والعهد واليمين.

ب ـ العقد في القرآن

تكرّر ذكر مادّة العقد في القرآن الكريم، ومن آياته:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[١].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَـكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ﴾[٢].

٣ ـ قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىَ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[٣].

وبملاحظة رأي جمع من المفسّرين في كثير من الآيات الشاملة للعقد والعهد، يتّضح أنّها لا تخرج عن معناها اللغوي، وإن اختلف في المراد منها كما في آية الوفاء بالعقود. وفسّرت العقود بأنّها:

١ ـ أوكد العهود أو الموثّقة منها، كما نصّ عليه الفخر الرازي[٤] والطبرسي[٥]. والنسفي[٦] وتفسير الجلالين[٧].

٢ ـ إنّ العقود في آية الوفاء هي العهود، نصّ عليه الطبرسي[٨] وابن كثير[٩]، ونقل

---

١. المائدة: ١.

٢. المائدة: ٨٩.

٣. البقرة: ٢٣٤.

٤. تفسير الرازي ١١: ١٢٣.

٥. مجمع البيان ٢: ١٥١.

٦. تفسير النسفي ١: ٢٦٦.

٧. تفسير الجلالين: ١٣٩.

٨. مجمع البيان ٢: ١٥١.

٩. تفسير ابن كثير ٢: ٣.

الإجماع عن ابن جرير. أمّا ما يراد بها فقد ذكر صاحب مجمع البيان وجوهاً أربعة:

١ ـ الأحلاف المبرمة في زمن الجاهلية.

٢ ـ العهود التي أخذ الله على عباده. بالأيمان به والطاعة له فيما أحلّ لهم أو حرّم، وهو ما جاء عن ابن عباس[١].

٣ ـ ما يتعاهده الناس بينهم، كمعاملة البيع وغيره، وما يعقده المرء على نفسه كعقد الأيمان.

٤ ـ إنّ ذلك أمر من الله لأهل الكتاب بالوفاء بما أخذ به ميثاقهم من العمل بما في التوراة والإنجيل في تصديق نبيّنا، وما جاء به من عند الله، وأقوى هذه الأقوال لدى الطبرسي هو ثانيها، ويدخل فيه بقيّة الأقوال، وقريب منه قول الرازي[٢]، كما استظهر النسفيّ هذا المعنى أيضاً[٣].

ج ـ العقد في السنّة

وورد العقد بمعنى العهد أو الشدّ في السنّة النبوية:

١ ـ في وثيقة صلح الحديبية «من أحبّ أن يدخل في عقد محمّد ﷺ وعهده دخل فيه، ومن أحبّ أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فيه»[٤].

٢ ـ قوله ﷺ: «**ثلاث من فعلهنّ فقد أجرم: من عقد لواء في غير حقّ، أو عقّ والديه، أو مشى مع ظالم لينصره**»[٥].

٣ ـ ما في كتاب رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم: «**بسم الله الرحمن الرحيم، هذا**

---

١. المصدر السابق.

٢. تفسير الرازي ١١: ١٢٣.

٣. تفسير النسفي ١: ٢٦٦.

٤. الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد للساعاتي ٢١: ١٠٣.

٥. الجامع الصغير للسيوطي بشرح المناوي ١: ١٣٥.

كتاب من الله ورسوله: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود عهد من محمد رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن»[١].

د ـ العقد في إطلاق الفقهاء

وله إطلاقان أحدهما أخصّ من الآخر:

الأول ـ أعني الأخصّ ـ: يطلق على اجتماع وارتباط إرادتين بإيجاب وقبول يتوقّف عليه التزام أحدهما تجاه الآخر. وباختصار: ربط بين عهدين، كالبيع والإجارة والزواج، كما نصّ عليه الدسوقي المالكي[٢]، وصاحب الجواهر النجفي[٣]، وهو المراد عند الإطلاق في اصطلاح جمهور الفقهاء.

الثاني: الأعمّ، ويراد به مطلق العهد، أي المعنى السابق، مضافاً إليه ما وقع من طرف واحد مما يسمّى بلغة الفقه الحديث «الإرادة المنفردة» وبه فسّرت آية الوفاء بالعقود، قال الشيخ الأنصاريّ: والمراد بالعقد مطلق العهد، كما فسّر به في صحيحة ابن سنان المروية في تفسير عليّ بن إبراهيم أو ما يسمّى عقداً لغةً وعرفاً[٤].

وعليه فالعقد يشمل الإخراجات والإيجابات والإيقاعات، وإليه ذهب جملة من الفقهاء، كالجصّاص وابن تيميّة وأحمد إبراهيم. يقول الجصّاص: العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إيّاه...[٥].

ومع ما تقدّم من التمييز بين الإطلاقين، لا يعرف الوجه فيما نقله السنهوريّ

---

١. تفسير ابن كثير ٢: ٣.

٢. الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢.

٣. جواهر الكلام ٤: ٢.

٤. المكاسب ٢: ٢١٥، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ٢: ٤٠٧.

٥. أحكام القرآن ٢: ٢٩٤، وانظر: المدخل للفقه الإسلامي لمدكور: ٥٠٧، والالتزامات والعقود لحامد مصطفى: ٨.

ومدكور من أنّ ذلك التمييز بينهما لم يمنع عامّة الفقهاء من إطلاق العقد على ما يتمّ بالإرادة المنفردة أيضاً[١]. يقول السنهوري: ولكن هذا التحرّي في تمييز العقد عن الإرادة المنفردة لم يمنع عامّة الفقهاء من إطلاق لفظ العقد على كلّ من الاثنين دون تمييز بينهما، ويعمّمون اللفظ ليشمل كلّ تصرّف استبدّ به واحد أو اشترك فيه أكثر من واحد[٢]. ولعلّ هذا ما دعاه أن يقول في موضع آخر عن العقد: ويدخل ضمنه الإرادة المنفردة؛ إذ الفقه الإسلامي لا يميّز تمييزاً واضحاً بينها وبين العقد[٣].

والخلاصة فالعقد يشمل:

١ ـ ما توقّف وجوده على التزامين مترابطين من الموجب والقابل، بحيث لو تخلّف أحدهما فلا عقد، كالنكاح وسائر عقود المعاوضات.

٢ ـ ما توقّف وجوده على إرادة والتزام طرف واحد، وهو بحاجة إلى قبول من الطرف الثاني، لا التزام مقابل منه، وذلك كالهبة.

٣ ـ ما توقّف وجوده على إرادة والتزام طرف واحد كذلك، وليس هو بحاجة إلى تلاقي التزام الطرف الثاني ورضاه، وذلك كالطلاق المجرّد والنذر واليمين.

المختار من معنى العقد ودليله

وحيث إنّ العقد هو العهد أو الموثّق منه، ولم تثبت له حقيقة شرعية، وأنّ ما جاءبه الكتاب والسنّة لم يخرج عن مدلوله اللغوي، كما رأينا في تفسير بعض الآيات وصريح بعض الروايات، لذلك لم تبق اللابدّية من الطرفين وحدها في ميدان مفهوم العقد، إذ يشاركه ما تقوم بطرف واحد، كلّ ما في الأمر أنّ بعض العقود لا تحتاج إلّا لطرف واحد، كما هو الشأن في الوقف العامّ والطلاق، وبعضها الآخر

---

١. مصادر الحقّ ١: ٧٥، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور: ٥٠٨.

٢. مصادر الحقّ ١: ٧٥.

٣. المصدر السابق: ٦٢.

تقتضي طبيعته وجود طرفين، كالبيع، فليس للبائع أن يمتلك المشتري المبيع ويتملّك منه الثمن دون أن يكون هناك نظير تعهّده تعهّد من المشتري، بل إنّ مثل عقد البيع ينحلّ في واقعه إلى عقدين: أحدهما من البائع وقد اصطلحوا عليه «الإيجاب»، ولا يؤثّر أثره ما لم يقع عقد من الطرف الآخر، يدعونه بـ«القبول»، ويؤيّد ذلك اختلافهم في وجوب تقديم الإيجاب على القبول، وأنّ القبول ليس مطاوعة للإيجاب[1].

وإذن فضرورة وجود طرفين ـ بمعنى ركنيّتهما والتزامهما المتقابل ـ مجرّد اصطلاح لدى أكثر الفقهاء. نعم قيام العقد بطرف واحد غير كافٍ في تمييزه عن غيره من التصرّفات؛ لشموله لما هو أوسع من العقد المصطلح والإيقاع ممّا لا يراه العرف عقداً، كأفعال الإنسان وإظهار تصميمه وإرادته وجعلها في حيّز الواقع، لذا نجد السنهوري يقول عن العقد: ويدخل ضمنه الإرادة المنفردة؛ إذ الفقه الإسلاميّ لا يميّز تمييزاً واضحاً بينها وبين العقد[2].

وعليه؛ فليس كلّ إنشاء مبرز بمبرز خارجيّ هو عقد، وإن كان أقرب التعاريف إلى واقعه في اللغة، بل لابدّ من الاستعانة بنظر العرف في ما يراه عقداً ويشخّصه.

وقد يقال في أمر هذا التشخيص: إنّ ما يراه العرف عقداً هو ما كان فيه التزام وتعهّد لطرف آخر. أمّا مثل الإيقاعات فكلّ ما يحتويه معناها هو إسقاط حقّ وإنهاؤه، لا تعهّد فيه للغير ولا يتوقّف على رضاه. وبتعبير آخر إنّ الالتزام ذو جانبين: إيجابيّ وسلبيّ، فهو في جانبه الإيجابي عقد لتعهّده للغير كالهبة، وهو في جانبه السلبيّ ليس بعقد كالطلاق.

---

١. مصباح الفقاهة للتوحيدي ٣: ٤٤، وما بعدها.

٢. مصادر الحق ١: ٦٢.

الباب الأول
أسباب الضمان و أدلّتها

ويشتمل على:

١. تمهيد: أسباب الضمان وأنواعه

٢. القسم الأوّل: قاعدة «على اليد»

٣. القسم الثاني: قاعدة «الإتلاف»

تمهيد

أسباب الضمان وأنواعه

اختلف الفقهاء في عدد أسباب الضمان على أقوال، فقال كاشف الغطاء: إنّ الضمان له أسباب شرعية كثيرة، ويساعد اعتبار العقلاء على سببيّتها للضمان أيضاً[1]. ثم ذكر أشهرها، وهي قاعدة اليد، والغرور والإتلاف، والاحترام، وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. ومن جزئيّات هذه القاعدة المقبوض بالبيع الفاسد، والإجارة الفاسدة، وكذا عارية الذهب والفضّة، بل مطلق العارية إذا شرط ضمانها[2].

وقال في مفتاح الكرامة: الأسباب الّتي جرت العادة بالبحث عنها في باب الغصب ثلاثة، وهي التفويت بالمباشرة، والتسبيب، واليد. ثمّ قال: وبقيت أسباب أُخر تأتي في أثناء الباب كالاستيام[3] والاستعارة[4].

يقول السيوطي من الشافعية: إنّ أسباب الضمان أربعة، أحدها العقد، الثاني اليد، الثالث الإتلاف، الرابع الحيلولة[5].

---

١. تحرير المجلّة ١: ٨٦.

٢. المبادئ العامّة للفقه الجعفريّ: ١٢٨.

٣. استام فلاناً السلعة: سأله تعيين ثمنها.

٤. مفتاح الكرامة ٦: ٢٠٦.

٥. الأشباه والنظائر: ٢٧٨.

وفي قواعد ابن رجب الحنبليّ: إنّ أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتـلاف[1]. وذكر أنّ للإتلاف حالتين، الإتلاف بالمباشرة، والإتـلاف بـالتسبيب، قـال: وأمّـا الإتلاف فالمراد به أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق، أو يـنصب سبباً عدواناً فيحصل به الإتلاف، بأن يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً[2].

وقال سعيد الزهاوي: ويورد الحنفيّة هذه الأنواع الثلاثة ـ أي ضمان عقد، ويد، وإتلاف ـ ويطلقون على ضمان اليد ضمان الغصب، ويعبّرون على السواء بـضمان الفعل وضمان الإتلاف[3].

وذكر الآمليّ من الإماميّة أنّ أسباب الضمان ثـلاثة: العـقد والأمـر المـعامليّ، والإتلاف، واليد[4].

وجاء في قواعد العلّامة الحلّي من الإماميّة: أنّ موجبات الضمان ثلاثة: الأوّل: التفويت بالمباشرة... الثاني: التسبيب، الثالث: إثبات اليد إذا كان بغير حقّ[5].

ومن الفقه المالكيّ ما قاله القرافي: إنّ أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها، أحدها: العدوان كالقتل والإحراق. وثانيها: التسبيب للإتلاف.... وثالثها: وضـع اليد الّتي ليست بمؤتمنة[6]. ومراده بالعدوان هو مباشرة الإتلاف، كما يظهر ممّا مثّل به هنا، وما صرّح به في موضع آخر حيث قال: أحدها: التفويت مباشرةً كإحراق الثوب[7].

---

١. قواعد ابن رجب: ٢١٨.

٢. المصدر السابق.

٣. مجلّة رسالة الإسلام البغدادية: ١٦٠، العدد ٣ و ٤ من السنّة الخامسة.

٤. تعليقة على المكاسب ٢: ٢٩٠.

٥. مفتاح الكرامة ٦: ٢٠٦.

٦. الفروق ٢: ٢٠٦ ـ ٢٠٧، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٣ ـ ٢٠٥.

٧. الفروق ٤: ٢٧.

وقال ابن رشد في بيان الموجب للضمان: فهو إمّا المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه، وإمّا المباشرة للسبب المتلف، وإمّا إثبات اليد عليه[١].

وجاء في مبسوط السرخسي: لأنّ المال يضمن بالإتلاف تارةً، وبالغصب أُخرى، وفي الإتلاف المسبّب إذا كان متعديّاً يجعل كالمباشر في حكم الضمان، كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق[٢].

ويرى البعض أنّ مردّ كل ما ذكر من أسباب الضمان إلى اليد، والإتلاف بحالتيه أو بإضافة العقد، إليها. يقول منير القاضي: يمكن ردّ أسباب الضمان إلى الأُمور الآتية، أوّلاً وضع اليد، ثانياً الإتلاف، ثالثاً العقد[٣].

بينما يرى مغنية ـ وقد عدّد قسماً من الأسباب ـ أنّ مردّها إلى اليد أو الإتلاف مباشرةً أو تسبيباً، وأنّ ما ذكروه منها فهو إمّا من قبيل المصاديق لتلك الأسباب، أو أنّه لا يدلّ على الضمان وإن دلّ على الحرمة، فقد قال: إنّ هذه القواعد إمّا لا دلالة فيها على الضمان، وإمّا ينطبق عليها أحد الأسباب الثلاثة[٤].

مناقشة ورأي

والّذي يبدو أنّ مرجع أسباب الضمان أمران، هما: اليد، والإتلاف بحالتيه. والوجه الحاصر لأسباب الضمان في ذينك الأمرين هو أنّ بقيّة الأسباب إمّا أن تكون من مصاديق اليد كالمقبوض بالعقد الفاسد، أو الإتلاف كالغارّ، وإمّا لا دلالة فيها على الضمان كاحترام الأموال، فهي قبل قبضها أو إتلافها لا ضمان فيها. أمّا مثل

---

١. بداية المجتهد ٢: ٣١١.

٢. المبسوط ١١: ٥٤.

٣. شرح المجلّة ١: ٤٢.

٤. فقه الإمام جعفر الصادق ٥: ٧ـ ٨.

«ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فهي قاعدة مميّزة لما يضمن من العقود ممّا لا يضمن فيها، كما نصّ عليه أربابها.

وقد يورد على حصر الأسباب باليد والإتلاف عدم ذكر العقد من جملتها.

وجوابه: أنّ العقد ينضمّ في جملة اليد أو التسبيب، ذلك أنّ العقد وحده ليس علّةً تامّةً في الضمان، بل هو مع القبض يشكّلان معاً العلّة في إيجاد الضمان، كما في العقود المعاوضية مثل البيع والإجارة.

جاء في المحاضرات: وأمّا كونه للسببية التامّة فغير محتمل؛ لعدم كون العقد علّةً تامّةً للضمان[1].

ونجد ابن رجب قد نصّ على ضرورة القبض أو التمكّن منه في سببية العقد للضمان بقوله: أحدهما عقود المعاوضات المحضة، فينتقل الضمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرّد التمكّن من القبض التامّ والحيازة إذا تميّز المعقود عليه من غيره وتعيّن. فأمّا المبيع المبهم غير المتعيّن كقفيز من صبرة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض... إلى أن قال: فالناقل للضمان هو القدرة التامّة على الاستيفاء والحيازة[2]. ومع هذا فقد عدَّ العقد سبباً منفرداً للضمان في قبال اليد والإتلاف.

نعم؛ قد يكون العقد في عقد الضمان، من موارد التسبيب؛ لأنّه أفضى إلى إشغال ذمّة الضامن أو تعهّده بالمضمون من قبل الشارع، فكان من مصاديق الإتلاف بالتسبيب، ومن هنا يظهر اتّساع قاعدة الإتلاف والتسبيب بالذات إلى ما يشمل القوليّ والفعليّ منه، فقد يكون التسبيب فعلاً مادّياً، كمن يحفر حفرةً فيقع فيها آخر، وقد يكون قولياً، كما في الغرور وشهادة الزور، فمن شهد على غيره بالقتل فقتل،

---

١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٤٨.

٢. قواعد ابن رجب: ٧٤.

يكون الشاهد مفضياً إلى القتل بشهادته، وكذا يكون الغارّ متسبّباً إلى الفعل لا مباشراً، ومنه يتّضح أنّ قاعدة الغرور هي الأُخرى تندرج في التسبيب أيضاً.

ولا يعني ما تقدّم أنّ حكم الضمان في العقد وغيره واحد؛ فإنّ الضمان من حيث العقد وعدمه ينقسم إلى ضمان عقد وفيه المسمّى، وإلى ضمان فعل من يد وإتلاف، وفي مثله المثل أو القيمة.

القسم الأوّل

قاعدة «على اليد»

ويشتمل على فصلين:

الأوّل: معنى اليد وتقسيمات اليد

الثاني: أدلّة القاعدة

١ ـ الروايات

٢ ـ الإجماع

٣ ـ السيرة العقلائيّة

٤ ـ قاعدة الإقدام

الفصل الأوّل
معنى اليد

أ ـ اليد في اللغة

لليد في اللغة معاني متعدّدة، منها الجارحة المخصوصة والتي هي مصدر البطش والقوّة أو بعضها، كقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا﴾[1].

وترد بمعنى القدرة والسلطان والاستيلاء[2]، وإن اختلف في كونها حقيقةً أو مجازاً، فصاحب اليد قد يمتنع في حقّه اليد الجارحة، كما في الله سبحانه وتعالى، أو لعدم قابلية المستولى عليه للأخذ باليد الجارحة، أو لغير ذلك.

وقد حكى سبحانه عن اليهود قولهم: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ يَدُ اللّهِ مَغْلُولَةٌ غُلَّتْ أَيْدِيهِمْ وَلُعِنُواْ بِمَا قَالُواْ بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيْفَ يَشَاء﴾[3]. ويد الله بمعنى قدرته في الإنفاق أو نعمته[4].

ثم لا يفرق بين كون الاستيلاء سيطرةً خارجيةً على الشيء المادّي المنقول كالكتاب، أو ممّا لا ينقل كالعقار، وبين كونه على الأمر المعنوي، جاء في أساس

---

١. المائدة: ٣٨.

٢. القاموس ٤: ٤٠٥ باب الواو والياء، لسان العرب ١٥: ٤١٩ ـ ٤٢٦.

٣. المائدة: ٦٤.

٤. تفسير الرازي ١٢: ٤٣، مجمع البيان ٢: ٢٢٠.

البلاغة: وهذه الدار في يده.. والأمر بيد الله[١].

ب ـ اليد في القرآن

واليد في الكتاب الكريم لم تخرج عن معناها اللغوي، كما في الآيات السابقة.

ج ـ اليد في السنّة

وردت «اليد» في السنّة، ومنها:

١ ـ قوله ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى»[٢]. قال في سبل السلام: أكثر التفاسير ـ وعليه الأكثر ـ: أنّ اليد العليا يد المعطي، والسفلى يد السائل[٣].

٢ ـ قوله ﷺ: «من تمام التحية الأخذ باليد»[٤].

٣ ـ قوله ﷺ: «وإنّ الرجل ليتصدّق باللقمة فتربو في يد الله»[٥].

د ـ اليد في الاصطلاح

يراد من اليد في المصطلح الفقهي مطلق الاستيلاء على الشيء خارجاً أو في عالم الاعتبار الشرعي أو العرفي[٦]، والاستيلاء بقسميه ـ التكويني والاعتباري ـ من صفات المستولي والمسيطر، فاليد على المال معناه سلطان الشخص عليه، لأنّ اليد الجارحة غير قابلة للخطاب بشيء من الأحكام التكليفية أو الوضعية، فلابدّ من التصرّف فيها بما يناسب الكلام كتقدير مضاف محذوف هو «ذو» مثلاً[٧].

---

١. أساس البلاغة: ٤١٢ باب الياء.

٢. بلوغ المرام ٢: ١٤١. وقال عنه: «متّفق عليه».

٣. سبل السلام ٢: ١٤١.

٤. سنن الترمذي ١٠: ١٩٢، الجامع الصغير ٢: ١٥٧.

٥. مسند أحمد بن حنبل ٢: ٢٦٨.

٦. القواعد الفقهية للبجنوردي ٤: ٥٠.

٧. قواعد الفقيه: ٦٥.

اليد قاعدة فقهية لا أصولية

المناط في كون القاعدة أُصوليةً، هو وقوع نتيجة البحث عنها كبرى في قياس استنتاج الحكم الشرعيّ الكليّ الفرعيّ[١]، بخلاف القاعدة الفقهية، فإنّ نتيجة البحث عنها تقع كبرى في قياس لا ينتج إلّا الحكم الجزئي.

وجاء في الأُصول العامّة ـ وهو يتحدّث عن الفروق بينها ـ: وأهمّ ما ينبغي التنبيه عليه من الفروق ثلاثة، وهي[٢]:

أ ـ كون القاعدة أُصولية لا تنتج إلّا حكماً كلياً أو وظيفةً كذلك، بخلاف القاعدة الفقهية.

ب ـ إنّ القاعدة الأُصولية لا يتوقّف استنتاجها والتعرّف عليها على قاعدة فقهية، بخلاف العكس؛ لأنّ القواعد الفقهية جميعاً إنّما هي وليدة قياس لا تكون كبراه إلّا قاعدة أُصولية.

ج ـ إنّ القاعدة الأُصولية لا تتّصل بعمل العامي مباشرةً ولا يهمّه معرفتها؛ لأنّ إعمالها من وظائف مجتهده بخلاف القاعدة الفقهية.

ومن بيان الفارق بين القاعدتين نقول: إنّ قاعدة «على اليد» قاعدة فقهية لا أُصولية، وشأنها شأن بقيّة القواعد الفقهية، كالبينة وأصالة الصحّة وقاعدة الفراغ والتجاوز؛ لأنّ الفقيه إذا أثبت حجيّتها وأفتى بمضمونها، كان مجال تطبيقها على مواردها من الموضوعات الخارجية أو الأحكام الجزئية بيد من يباشر التطبيق مقلّداً كان أو مجتهداً، وبه يحكم بالضمان إذا وجدت يد عادية على مالٍ ما.

تقسيمات اليد

اليد المؤتمنة واليد غير المؤتمنة

للفقهاء تقسيمات لليد من زوايا مختلفة، فهي من حيث الائتمان وعدمه قسمان:

---

١. القواعد الفقهية للبجنوردي ١: ١٠٦.

٢. الأُصول العامّة للفقه المقارن للحكيم: ٤٣ ـ ٤٥.

يد مؤتمنة، ويد غير مؤتمنة كما ذكره القرافي وغيره[١].

وأوجه تفريعاتها ـ فيما أعتقد ـ أن تكون بالشكل التالي:

أولاً: اليد المؤتمنة

ويراد بها سيطرة الشخص على مال الغير بإذن من مالكه أو الشارع على نحو الائتمان، ومن أمثلته الوديعة والعارية واللقطة ومال المضاربة. ونظراً لوجود الإذن والائتمان من المالك أو الشارع فالأمانة قسمان:

١ ـ أمانة مالكية، وهي: ما أذن المالك أو من قام مقامه في الاستيلاء عليها بنحو الائتمان. أو هي: المال المأذون في الاستيلاء عليه منقبل المالك، أو من أذن له مع الاحتفاظ بملكه له. وهي أمانة مالكية بالمعنى الأخصّ كالوديعة، وأمانة مالكية بالمعنى الأعمّ مثل العين المستعارة والمستأجرة ومال المضاربة.

٢ ـ أمانة شرعية، وهي: ما أذن الشارع لا المالك في الاستيلاء عليها على نحو الائتمان، كولاية الحاكم على أموال القاصرين أو الغائبين، ومثل مجهول المالك كاللقطة، وكثوب أطارَتْه الريح فوقع في دار شخص آخر. أشار إليها ابن رجب بقوله: فإن قبضه بغير إذنه، فإن استند إلى إذن شرعيّ كاللقطة لم يضمن[٢]. وذكر في موضع آخر أنّ من الصور التي لم يأذن فيها المالك وينتفي عنها الضمان: من له ولاية شرعية بالقبض[٣].

ثانياً: اليد غير المؤتمنة

وتضمّ اليد غير المأذونة، سواء أكانت عاديةً أم لا، واليد المأذونة من غير ائتمان.

---

١. الفروق للقرافي ٢: ٢٠٧، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٣ ـ ٢٠٥، قواعد البجنوردي ٢: ٤، وقسّمها بعضهم إلى يد عدوان ويد ائتمان كما في مفتاح الكرامة ٦: ٢.

٢. قواعد ابن رجب: ٥٦.

٣. المصدر السابق: ٢٢٠.

١ ـ اليد غير المأذونة، ويراد بها:

أ ـ اليد العادية الآثمة، وهي: ما وضعت على مال الغير عدواناً، كيد الغاصب الآثم، ويد الودعيّ عند الخيانة. يقول ابن رجب: وأمّا اليد الثالثة: اليد المستولية على مال الغير بغير إذنه فهي اليد العادية التي يترتّب عليها الضمان[1].

ب ـ اليد الموضوعة على مال الغير من غير إذن ولا اعتداء، فمن اشتبهت عليه حاجته بحاجة غيره فأخذها خطأً، وكذا من أخذ ما بيد الغاصب باعتقاد أنّه مالكه، أو أتلف مال الغير وهو يظنّ أنه مالك نفسه، فمثل هذه الأيدي ليست بعادية آثمة، ولا مؤتمنة، ولا مأذونة من قبل مالكها.

نعم عمَّم بعضهم اليد العادية أو الغاصبة إلى ما كانت آثمةً، كالآخذ مال غيره قهراً، وعلى ما خلا عنها الإثم كاليد المخطئة[2].

٢ ـ اليد المأذونة من غير ائتمان، وهي: مثل يد المستام، والقابض للمال بالعقد الفاسد، وتلف المبيع قبل قبضه، والآكل في المخمصة[3].

وما ذكرناه من اتّساع اليد غير المؤتمنة لأيدي الغصّاب والأيدي الأُخرى الموجبة للضمان وإن وقع القبض من غير اعتداء، هو صريح قول القرافي: وثالثها: وضع اليد التي ليست بمؤتمنة، وقولي: ليست بمؤتمنة خير من قولي: اليد العادية، فإنّ اليد العادية تختصّ بالسرّاق والغصّاب ونحوهم، وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك، كقبض المبيع، أو بقاء يد البائع، فإنّه من ضمان البائع قبل القبض، ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً[4].

---

١. قواعد ابن رجب: ٢٢١.

٢. الاختيار ٣: ٥٩، نهاية المحتاج ٥: ١٥٧.

٣. قواعد البجنوردي ٢: ١١ ـ ١٢، الفروق ٢: ٢٠٧، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٥.

٤. الفروق ٢: ٢٠٧، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٥.

ويقول السيوطي ـ وهو يتكلّم عن أسباب الضمان ـ: الثاني: اليد، المؤتمنة كانت، كالوديعة... إذا حصل التعدّي، أولا، كالغصب والسوم والعارية والشراء الفاسد[١].

اليد الضامنة

ومن العرض السابق نعرف أنّ اليد المقودة بالبحث والتي تعدّ من أسباب الضمان هي اليد غير المأذونة، سواء أكانت عاديةً أم لا، واليد المأذونة من غير ائتمان، فمن غصب مال غيره مثلاً فعليه ضمانه، وكذا من قبض مالاً بالعقد الفاسد أو على نحو الاستيام[٢].

---

١. الأشباه والنظائر: ٢٧٨.

٢. لليد حيثية ثانية من جهة أماريّتها، فهي من حيث الطهارة والتذكية دليل عليهما، وهي من حيث القضاء أصل من أُصول الإثبات ومثاله: اليد المتصرّفة في مال هل تكون كالبيّنة في إثبات الملكيّة؟ وهل المرأة التي يعاشرها شخص فعلاً هي زوجته أولا؟ والبحث عن اليد بهذا المعنى وعن مدركها يختلف عنه من حيث كونها ضامنةً، كما في الأصل.

الفصل الثاني

أدلّة قاعدة «على اليد»

البحث عن أدلّة ضمان اليد أو قاعدة «على اليد» ينطوي أيضاً على البحث عن أدلّة قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، ومن خلاله يتّضح دليل المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو من جزئيات القاعدة، وسبب هذا التلازم بين القاعدتين كون الضمان فيهما بسبب اليد.

الدليل الأوّل: الروايات

وهي طوائف:

الطائفة الأُولى: روايات عدم الحلّية [1]

إنّ من الروايات ما هو دالّ على عدم حلّية مال المسلم إلّا بطيب نفسه، كقوله ﷺ: «فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفس منه»[2]. وقوله ﷺ: لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفس منه»[3]. وقوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا

---

١. المكاسب للأنصاري ١: ١٠٣.

٢. وسائل الشيعة ٣: ٤٢٤.

٣. مصابيح السنّة ٢: ١٤.

بطيب نفسه»[١].

وربما يقال في وجه الاستدلال بها: إنّ كون المال لا يحلّ إلّا بالطيب دالّ على ضمانه. ويؤيّده العطف على الدم، فكما لا يحلّ إهراقه ويجب به ضمانه، فكذا المال لا يحلّ أخذه ويجب به ضمانه.

ويرد عليه أنّ نسبة الحلّية والحرمة إلى الأموال والأعيان إنّما يراد بها الحكم التكليفي من جواز التصرّف فيها بما يناسبها أو عدمه؛ إذ لا معنى لحلّية هذه العين أو تلك إلّا بأعتبار جواز التصرّف فيها، كما أنّ حرمة المغصوب والخمر والخنزير والأُمّهات، يعني حرمة التصرّف بالمغصوب وشرب الخمر وأكل الخنزير وهكذا. فالغرض من تلك الروايات إنّما هو الحرمة التكليفية دون الحرمة الوضعية، وشأنها شأن الروايات الصريحة في حرمة التصرّف بمال الغير من دون إذنه[٢].

الطائفة الثانية: روايات حرمة المال «قاعدة الاحترام»

الروايات التي استدلّ بها على قاعدة الاحترام، هي بعمومها شاملة لضمان اليد، كرواية أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: **«سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه»**[٣] وقال صلى الله عليه وآله: **«إنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، وفي شهركم هذا، في بلدكم هذا»**[٤].

وتقريب الاستدلال بها: أنّ من ضروريات الدين احترام نفس المسلم وعرضه

---

١. نيل الأوطار ٩: ٣٣٤، وانظر مستدرك الوسائل ٣: ١٤٦.

٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٥٢، مصباح الفقاهة ٣: ٩٠.

٣. وسائل الشيعة ٨: ٦١٠.

٤. بلوغ المرام ٣: ٧٣، سنن ابن ماجة ٢: ١٢٩٧. وبمعنى الحديث ما حكاه في مستدرك الوسائل ٣: ١٤٥.

وماله، ومعناه عدم مزاحمته في ماله، وأخذه منه بالقهر والغلبة.

وكما يستفاد منها الحكم التكليفي، يستفاد منها الحكم الوضعي. قال في البلغة: إنّ المزاحمة كما يحرم حدوثها يحرم دوامها، فيجب رفعها بعد حدوثها، وكما يحصل رفعها بدفع العين المأخوذة مع بقائها، يحصل عرفاً بدفع المثل أو القيمة بعد التلف[1].

وببيان آخر لوجه الاستدلال هو: إنّ كلّاً من العوضين ـ مثلاً ـ بعد فساد المعاملة لم يدخل في ملك الآخر، فلو تلف المال من دون أن تشغل ذمّة القابض بشيء في قباله فمعناه عدم حرمة هذا المال وذهابه هدراً، وهو منافٍ للجعل الشرعي من كون حرمة المال كحرمة الدم، فكونه محترماً يعني ضمانه له حين التلف بالمثل أو القيمة، لا مجرّد التكليف بردّه مع وجوده، وعدم الضمان مع عدم وجوده[2].

دفع إشكال

ودفع المستدلّون بالروايات إشكالاً مفاده: ما يقال من أنّ التمسّك بقاعدة الاحترام على الضمان مرجعه إلى التمسّك بحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» لأنّها مستفادة منه، فيكون الدليل على الضمان هو حديث «على اليد» لا قاعدة الاحترام.

يقال في جوابه: إنّ حديث اليد من جملة ما دلّ على الاحترام في بعض الموارد، هذا أوّلاً. وثانياً إنّ قاعدة الاحترام أعمّ من قاعدة اليد، لظهور اختصاصها بالأعيان، وعموم قاعدة الاحترام للأموال والأعمال، لذا فعمل الأجير في الإجارة الفاسدة مضمون بأجرة المثل، كما هو مضمون بالمسمّى في الإجارة الصحيحة[3].

---

١. بلغة الفقيه ١: ٧٩.

٢. قواعد البجنوردي ١: ٨٦.

٣. بلغة الفقيه ١: ٨٠ـ ٨١.

مناقشة قاعدة الاحترام

ونوقشت القاعدة من قبل فقهاء آخرين في عدم دلالتها على الضمان بعدّة نقاط:[١]

١ ـ إنّ نسبة الحرمة إلى الأموال والأعيان يراد بها الحكم التكليفي من عدم جواز التصرّف فيها بما يناسبها كما مرّ سابقاً[٢]. ويؤيّد هنا بوحدة السياق «سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه»[٣].

٢ ـ لو أُريد بالحرمة الاحترام الدالّ على الضمان، فليس هو على نحو الإطلاق؛ لاختصاص الضمان بالإتلاف دون التلف، فلو قبض المال من دون اعتداء ـ كالمبيع المقبوض ببيع فاسد ـ وبالغ القابض في حفظه، فتلف بآفة سماوية أو مات، فاحترام المال لا يقتضي ضمانه. ولا منافاة بين الاحترام وعدم الضمان؛ إذ الناس ملزمون باحترام مال الغير وغير ضامنين لو تلف بآفة سماوية، فالقاعدة تكون أخصّ من المدّعى.

٣ ـ إنّ حرمة المال كحرمة الدم غير ظاهرة في إثبات الضمان، فهي مجملة لا يستدلّ بها على المطلوب.

مناقشة ودفع

وما قيل من عدم جواز مزاحمة صاحب المال حدوثاً وبقاءً: فتدلّ الرواية على الحكم التكليفي بالمطابقة عند بقاء العين، وعلى الحكم الوضعي ـ أداء المثل أو القيمة ـ بالملازمة بعد تلفها.

---

١. مراجع الموضوع: القواعد الفقهية للبجنوردي ٢: ٨٧، محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٥٣، مصباح الفقاهة للتوحيدي ٣: ٩١ ـ ٩٢.

٢. راجع: ٦٣.

٣. راجع: ٥١.

يقال في جوابه: إنّ حرمة المزاحمة لا تثبت إلّا بعد إثبات أصل الضمان، وهو موضع النزاع[١].

الطائفة الثالثة: رواية «على اليد»

من أظهر ما استدلّ به على كون اليد ضامنةً ما روي عن الرسول الأعظم ﷺ من قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[٢]، وفي لفظ آخر «حتى تؤدّيه»[٣] ويعبَّر عنها أحياناً بقاعدة «اليد» أيضاً.

ولأهمية الحديث في نتاجه الفقهي، نعرّض لأهمّ ما ذكر أو يذكر حوله سنداً ومضموناً.

أوّلاً: سند الحديث

روي الحديث في جملة من كتب الأخبار المعنيّة بها، كمسند أحمد، وصحيح الترمذي، وسنن البيهقي، وأبي داود، ومصابيح السنّة، ومنتقى الأخبار، وكنز العمّال وغيرها[٤].

غير أنّ الفقهاء اختلفوا حول سنده ومدى ما يملكه من حجية على قولين، فالكلام يقع إذن في أمرين:

أوّلهما: ضعف الحديث

وبضعف سند الحديث قطع جملة من الأعلام كما في تهذيب التهذيب، والجوهر

---

١. مصباح الفقاهة ٣: ٩٢.

٢. مستدرك الوسائل ١٤: ٧ و١٧: ٨٨.

٣. عوالي اللآلي ١: ٢٢٤ و٣٨٩.

٤. انظر ما ذكره السيد عبد الرزاق المقرم من مصادر الحديث وحول الاختلاف في صحة سنده وضعفه، محاضرات في الفقه الجعفري ١: ١٤٨ ـ ١٥٠ هامش رقم ١، ومن الكتب التي روته: مسند أحمد ٥: ٨، سنن البيهقي ٦: ٩٠، كنز العمال ٥: ٢٥٢، المستدرك على الصحيحين ٢: ٥٠٤.

النقيّ، وسبل السلام[١].

وأُجيب بأنّ هذا الضعف منجبر بشهرته بين الفقهاء، حيث استدلّ به كثير منهم. ولكنّ البعض الآخر منهم ناقشوا المبنى والاستدلال بما يأتي:

١ ـ إنّ شهرة الحديث ليست جابرةً ومقوّيةً لضعف السند، كما أنّ إعراض الفقهاء عن رواية صحيحة لا يوجب وهنها، إذ المقياس هو توفّر شرائط الحجية وعدمه، وليست الشهرة بنفسها حجّةً.

٢ ـ الذين ذكروا الحديث في موارد ضمان اليد، ربّما استندوا إلى وجوه أُخر كالسيرة، وأيّدوا مدّعاهم بذكر الحديث استئناساً.

ثانيهما: حجّية الحديث

وتتلخّص وجهة نظرهم في:

١ ـ إنّه صحيح السند، فقد صحّحه الحاكم على شرط البخاريّ، وحسّنه الترمذي، قال في بلوغ المرام: رواه أحمد والأربعة وصحّحه الحاكم[٢].

٢ ـ إنّه حجّة وإن ضعف سنده، فشهرته في كتب الحديث لدى عامّة الفقهاء، وتلقّيهم له بالقبول جابر لضعف السند، بل يرى بعضهم أنّ البحث عن السند لا وجه له.. بعد هذا الاشتهار بين الفقهاء، وقبولهم له والعمل به، فيكون موثوق الصدور الّذي هو موضوع الحجية، بل لا يبعد أن يكون من مقطوع الصدور، وعلى كلّ حال لا كلام في حجيته[٣].

---

١. جاء في سبل السلام ٣: ٦٧: لأنّ الحديث من رواية الحسن عن سمرة، وللحفّاظ في سماعه منه ثلاثة مذاهب، الأوّل: أنّه سمع منه مطلقاً... الثاني لا مطلقاً... الثالث: لم يسمع منه إلّا حديث العقيقة؛ وهو مذهب النسائي واختاره ابن عساكر، وادّعى عبد الحقّ أنّه الصحيح. وفي المحلّى بالآثار ٦: ١٧٢: أنّ الحديث منقطع؛ لأنّ قتادة لم يدرك سمرة. وقال: الحسن لم يسمع عن سمرة.

٢. بلوغ المرام ٣: ٦٧.

٣. قواعد البجنوردي ٤: ٤٨، وانظر هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ١: ٢٠٤.

رأي ومناقشة

لو أخضعنا الحديث المذكور للمقاييس الموضوعة في شأن صحّة السند وضعفه، لعلمنا ضعفه بسبب ما ذكر عن بعض رجاله من الضعف أو عدم السماع، فالرواية تنتسب في نهاية رجالها إلى سمرة بن جندب[١]، ولو لم يصدر عنه إلّا تعسّفه في استعمال حقّه بالنسبة لأخيه الأنصاري في قصّة النخلة[٢]، ومن ثم إغضابه للنبيّ ﷺ من جراء هذه الحادثة، وخروجه لحرب الإمام الحسين عليه السلام[٣] لكفى بعض ذلك حجّةً في ضعف السند.

ومع ذلك فالحديث حجّة؛ لأنّ شهرته بين العلماء تطمئنّ الإنسان بصدوره، والمدار في حجيّة الخبر كونه موثوق الصدور، وهو ما ذهب إليه جملة من العلماء أُصوليين وفقهاء.

نعم؛ ربما يصحّ عدم الانجبار بالشهرة في الشهرة الفتوائية؛ لأنّ المدار فيها ما يستفاد من النصّ، وفهم الآخرين ليس بحجّة على فهم الشخص نفسه.

وأمّا ما أوردوه من أنّ الشهرة غير جابرة لضعف السند، وأنّ الذين استدلّوا به ربما استندوا لوجه آخر كالسيرة، وذكروه استئناساً، فيرد عليه:

١ ـ إنّ موضوع حجية الحديث لا يقتصر على صحّة سنده بل يكفي في الحجية وثاقة الصدور، وبمثل هذه الشهرة يتمّ موضوعها.

---

١. قال الشهيدي عن أُستاذه في هداية الطالب ١: ٢٠٤: إنّ أبا حنيفة قال: أعمل برواية كلّ صحابي إلّا ثلاثة، وعدّه منهم.

٢. وحكايته معروفة في أحاديث نفي الضرر والضرار، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٧، سنن أبي داود ٢: ٢٨٣، ط ١، ١٣٧١ هـ الطرق الحكمية لابن قيّم الجوزية ولم يذكر اسم «سمرة»: ٢٦٤.

٣. وقال ابن أبي الحديد: إنّه عاش إلى زمن ابن زياد وصار من شرطة خميسه، وكان يحثّ الناس على قتل الحسين، هداية الطالب ١: ٢٠٤.

٢ ـ إنّ وجود دليل آخر كالسيرة لا ينفي عن الحديث دليليّته، وعدم كونه دليلاً عند فقيه لا يلزم منه عدمه واقعاً، أو عند من ثبت لديه كونه دليلاً.

٣ ـ من البعيد أن يذكر فقيه ما يستأنس به على دعواه ويهمل ما اعتبره دليلاً.

ثانياً: مضمون الحديث

وبعد اختيار حجّية الحديث، لابدّ من بيان الحكم الدالّ عليه ودليله، فهل الحديث دالّ على الحكم الوضعيّ وحسب، أو وارد لبيان الحكم التكليفي، أو يشمل كلا الحكمين؟

للعلماء في ذلك أقوال ومحتملات[١]، لكنّها لا تخرج عن أحد الحكمين المذكورين، ودلالة الحديث على أحدهما يبتني في جوهره على تعيين متعلّق الظرف: ظرف لغو وظرف مستقرّ.

من الضروريّ تعلّق كل ظرف بفعل أو شبهه يوجد في الجملة عادةً وإلّا فيقدّر، فإذا كان المتعلّق به من أفعال العموم ـ كاستقرّ، أو كان، أو حصل، سمّي الظرف بالظرف المستقرّ، وإن كان العامل من أفعال الخصوص ـ كضرب وأكل ولزم وما شاكلها من الأحداث الخاصّة التي لا تنطبق على غيرها ـ سمّي الظرف بالظرف اللغو.

وعليه فقد يقال: إنّ «على اليد» ظرف مستقرّ، وقد يقال: إنّها ظرف لغو، ومعنى الحديث على القول بالظرف المستقرّ: أنّ ما أخذته اليد من شيء مستقرّ عليها وفي عهدة صاحبها، لا يرتفع ثبوته إلّا بأدائه الّذي هو الغاية، فيدلّ الحديث على الحكم الوضعيّ، أي الضمان.

ومعنى الحديث على القول بالظرف اللغو ـ وأنّ العامل فيه يجب ويلزم ـ هو:

---

١. تراجع في مظانّها مثل كتاب هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ١: ٢٠٤ ـ ٢٠٦.

يجب ردّ ما أخذته اليد من مال الآخرين وتأديته إليهم. وعليه فيكون مؤدّى الحديث هو الحكم التكليفيّ، وبهذا العرض يتّضح اختلاف الحكم تبعاً لاختلاف المتعلّق به. لذا يقع الكلام في:

١ ـ الحديث والحكم التكليفيّ.

٢ ـ الحديث والحكم الوضعيّ.

الأوّل: الحديث والحكم التكليفيّ

القائلون بالحكم التكليفي

ذهب قسم من الفقهاء إلى دلالة الحديث على الحكم التكليفي، وخاصة «وجوب التأدية». فمن فقهاء الإمامية الشيخ الطوسي، والعلّامة الحلّي في التذكرة، والنراقي، كما نقله الشهيدي[١]. وهو الظاهر من بحر العلوم، كما يقول شارح البلغة[٢].

قال في هداية الطالب عن الاحتمال الثاني من احتمالات الحكم التكليفي: إنّه ردّ المأخوذ وأداؤه، كما عن المبسوط والتذكرة[٣].

ومن فقهاء المذهب الحنفي ما قاله عبدالله بن محمود الموصلي: ومن غصب شيئاً فعليه ردّه في مكان غصبه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّ»[٤].

وقال داماد أفندي:... لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّ» أي يجب على اليد الغاصب ردّ ما أُخذت حتى تردّ، فإذا ردّت سقط وجوب الردّ[٥].

---

١. هداية الطالب ١: ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

٢. شرح البلغة ٢: ٣٤٨.

٣. هداية الطالب ١: ٢٠٥.

٤. الاختيار لتعليل المختار ٣: ٥٩.

٥. مجمع الأنهر ٢: ٣٥٩.

ومن فقهاء الزيدية ما قاله محمد بن إسماعيل الكحلاني: والحديث دليل على وجوب ردّ ما قبضه المرء وهو ملك لغيره، ولا يبرأ إلّا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه؛ لقوله: «حتى تؤدّيه» ولا تتحقّق التأدية إلّا بذلك، وهو عامّ في الغصب والوديعة والعارية.

وقال أيضاً: وحديث الباب كثيراً ما يستدلّون منه بقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» على التضمين، ولا دلالة فيه صريحاً[1].

وقال ابن حزم الظاهري: ثم لو صحّ فليس فيه إلّا الأداء، وهكذا نقول، والأداء غير الضمان في اللغة والحكم[2]. فالحكم التكليفي لدى هذا الفريق من الفقهاء هو المستفاد من الحديث.

أدلّة الحكم التكليفي

ومن أظهر ما استدلّ به للحكم التكليفي هو:

١ ـ إنّ السرّ في عدم تقدير الضمان هو منافاته لجعل الغاية، وهي أداء نفس المأخوذ، لصراحة رجوع الضمير المنصوب بـ«تؤدّي»، إليه، ووجه المنافاة هو أنّ الضمان بمعنى الغرامة، ولا غرامة في ردّ المأخوذ[3].

ويناقش: إنّ الضمان ليس بمعنى الغرامة وإن أدّى إليها، بل الضمان هو التعهّد بالشيء، ومنه الاستقرار في الذمّة، ولرفعه أفراد مترتّبة هي ردّ المضمون مع وجوده، أو بدله من المثل أو القيمة عند التلف أو التعذّر.

٢ ـ إنّ الأحكام الوضعيّة غير متأصّلة بالجعل، بل هي منتزعة من الأحكام التكليفية، لذا يلزم أن يكون المقدّر هو «وجوب الردّ» لأنّه الصالح الذي ننتزع منه

---

١. سبل السلام ٣: ٦٧.

٢. المحلّى بالآثار ٦: ١٧٢.

٣. هداية الطالب ١: ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

الوضع الذي من تبعاته وآثاره الضمان والحفظ عن التلف[١].

ويناقش:

أ ـ إنّ الحكم الوضعيّ يختلف حاله، فقد يكون متأصّلاً وقد يكون منتزعاً، كما ذهب إليه جملة من الأعلام[٢]، وهو بالنسبة للحديث المذكور متأصّل بالجعل والحكم التكليفي منتزع منه.

وبيانه: لمّا كان الضمان هو التعهّد بالمضمون، فهو حكم وضعيّ يتحقّق بسبب من أسبابه كاليد، ويترتّب عليه وجوب ردّ المضمون لمالكه وأداء ما انشغلت به الذمّة، فالردّ والأداء من آثار الضمان وتابع له، لا أنّ وجوب ردّ المضمون هو المجعول أوّلاً والضمان منتزع منه وتابع.

ب ـ إنّ القول بتأصّل الحكم التكليفي ـ بناءً على أنّ الظرف ظرف لغو ـ لابدّ فيه من تقدير فعل مناسب للوجوب، وهو «الردّ» أو «الأداء» مثلاً، لأنّ متعلّق الحكم التكليفي هو فعل المكلّف كما يقال: يجب عليه الصلاة، ولا معنى لتعلّقه بالذوات والأعيان الخارجية، فيكون المعنى على ذلك: يجب ردّ ما أخذته اليد.

ولكنّنا في غنىً عن التقدير، لأنّ الأصل عدم التقدير أوّلاً، ولاستقامة المعنى بدونه ثانياً، ولا يصار إلى التقدير إلّا لضرورة أو وجود دليل خصوصاً في كون المقدّر هو «الحفظ» كما يراه النراقي.

ج ـ ومع كونه خلاف الأصل، ركيك... لأنه يجب أن يكون الفعل مع غايته واحداً، أي يكون معنى الحديث: يجب ردّ ما أخذ إلى أن يردّ[٣]، إلّا إذا قلنا بأنّه من قبيل تقييد الحكم بغاية الامتثال كقوله: «يجب عليك الصلاة حتى تصلّي» فلا يسقط

---

١. هداية الطالب ١: ٢٠٥، شرح البلغة ٢: ٣٤٨.

٢. الأُصول العامّة للفقه المقارن: ١٦٩.

٣. القواعد للبجنوردي ٤: ٤٩.

الوجوب إلّا بامتثالها، فهو وإن كان لا بأس به لا دليل عليه.

٣ ـ لا دلالة في الحديث على التضمين صريحاً، فإنّ اليد الأمينة أيضاً عليها ما أخذت حتى تؤدّي كما يقول الكحلاني[١].

ويناقش هذا الاستدلال بأنّه ليس على اليد الأمينة أن تؤدّي ما أخذت ما دامت أمينةً، لا كما أطلقه الكحلاني. نعم إذا طولبت بالأمانة فعليها أن تؤدّي، فإن لم تؤدّ أو تلفت الأمانة بتعدّ أو تفريط، لم تعدّ آنذاك يد أمانة، فينطبق عليها «على اليد ما أخذت» وتكون عندئذ ضامنة.

الثاني: الحديث والحكم الوضعيّ

القائلون بالحكم الوضعيّ

وممن استدلّ بالحديث على الضمان من فقهاء الإمامية ـ على سبيل المثال لا الحصر ـ ابن الجنيد والسيد محمد جوادالعامليّ[٢]، والشهيد الثاني في كتاب الرهن[٣]، والأنصاريّ[٤]، والحاج فتّاح الشهيدي[٥]، والبجنوردي[٦]، والسيد محمد تقي بحر العلوم[٧]، وغيرهم، بل نسب بعضهم دلالة الحديث على الحكم الوضعيّ إلى أشهر القولين عند الإمامية. جاء في مفتاح الكرامة:.... إنّ المقبوض بالبيع الفاسد

---

١. سبل السلام ٣: ٦٧ ـ ٦٨.

٢. مفتاح الكرامة ٦: ٣٠٤.

٣. المسالك ٤: ٥٥ من كتاب الرهن، عند قول المصنّف: (ولو شرط إنّ لم يؤدّ أن يكون الرهن مبيعاً، لم يصحّ).

٤. المكاسب ١: ١٠١ ـ ١٠٢.

٥. هداية الطالب ١: ٢٠٦ و ٢١٠.

٦. قواعد البجنوردي ٤: ٤٨ و ٥٢.

٧. شرح بلغة الفقيه ٢: ٣٤٨.

مضمون... لعموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[١].

وقال في هداية الطالب: فقد وقع الخلاف في أنّ المستفاد من لفظة «على» فيه هل هو الحكم التكليفيّ أو الوضعيّ؟ على قولين، ثانيهما أشهرهما[٢].

وفي الفقه المالكيّ ما ذكره القرافي[٣]، ومحمد علي الشيخ حسين[٤]، قال القرافي: ورسول الله ﷺ قد رتّب الضمان على الأخذ باليد، فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان...، لأنّ الأصل عدم سببيّة غير مادلّ عليه قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تردّ»[٥].

وفي الفقه الحنبلي ما قاله محمد بن عبد الوهّاب: لأنّ الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان؛ لقوله: «على اليد ما أخذت حتى تردّ»[٦].

وهو المفهوم من ابن حجر العسقلاني في بلوغ المرام؛ لذكره الحديث في باب العارية[٧].

أدلّة الحكم الوضعي

وإذا صحّ ما نوقشت به أدلّة الحكم التكليفي ـ كما تقدّم ـ[٨] وترجيح الطرف

---

١. مفتاح الكرامة ٦: ٣٠٤.

٢. هداية الطالب ١: ٢٠٤

٣. الفروق ٤: ٢٠٤.

٤. تهذيب الفروق ٤: ٢٩.

٥. الفروق ٤: ٢٩.

٦. مختصر الإنصاف والشرح الكبير: ٣٨٩.

٧. بلوغ المرام ٣: ٦٧، وقال في سبل السلام: وذكره ـ أي الحديث ـ في باب العارية لشموله لها، وربما يفهم منه أنها مضمونة على المستعير.

٨. راجع: ٧١ وما بعدها.

المستقرّ، يثبت أنّ المتأصّل بالجعل في الحديث هو الحكم الوضعي، ويكون المراد منه: أنّ المال المأخوذ من دون إذن المالك أو الشارع مستعلٍ على يد الآخذ، ومستقرّ في عهدته، وهو مفاد «على» الاستعلائية، كما يقال: زيد على السطح، ويستمرّ استقراره وانشغال الذمّة به إلى حصول غايته، وهو الأداء، وبه يظهر معنى الضمان؛ إذ المفهوم العرفي منه هو ثبوت الشيء في العهدة في اعتبار الشرع أو عرف العقلاء، والخطابات الشرعية تحمل على المفهوم العرفي لها. وكون المأخوذ على ذي اليد، يعني: إنّه ناءٍ بثقله وملزم بتبعاته من الحفظ وما يلحقه من التلف والنقص، ولا تفرغ الذمّة إلّا بما هو أداء له عرفاً. وللأداء أفراد مترتّبة هي أداء نفس العين ما دامت موجودةً أو بدلها من المثل أو القيمة عند تلفها أو تعذّر حصولها، وهذا هو معنى الضمان المجعول في الحديث جعلاً أصليّاً وضعيّاً[١].

دلالة الحديث على المنافع وعدمها

للفقهاء اتّجاهان في شمول الحديث للمنافع وعدمه، فمنهم من قصره على ضمان الأعيان، وعدّاه آخرون للمنافع.

الأوّل: دلالة الحديث على ضمان الأعيان فقط:

وتتلخّص وجهات نظر القائلين بدلالة الحديث على ضمان الأعيان دون المنافع بما يأتي:

١ ـ إنّ مفهوم الأخذ يختصّ بالأعيان الخارجية، فلا يصدق على استيفاء المنافع. جاء في المكاسب: فلا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع. وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ.

ودعوى أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان

---

١. أُنظر هداية الطالب ١: ٢٠٤، قواعد البجنوردي ٤: ٤٨، شرح بلغة الفقيه ٢: ٣٣٧ و٣٣٨.

مشكلة[1]. ولذا ذهب بعضهم إلى أنّ الأرض لا تضمن إذا تلفت بعد الغصب؛ لأنّه إنّما يضمن ما أخذ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»[2].

ويجاب على الدليل: إنّ مفهوم الأخذ أوسع مما ذكر، فهو يختلف باختلاف المأخوذ والآخذ، فكما يصدق الأخذ ويضمّ الشيء القابل للنقل كالكتاب والقلم، يضمّ كذلك ما لا يقبل التحويل والانتقال كالدار والبستان، غير أنّ أخذ الدار يختلف عن أخذ الدينار، بقبض هذا باليد والاستيلاء على تلك بما يتناسبها من الاستيلاء، وقد يكون فعل الآخذ مباشرةً كالقبض باليد، وقد يكون تسبيباً كالآخذ بسلطته وقدرته. كما أنّ مفهوم الأخذ يتجاوز الأُمور الماديّة إلى غيرها أيضاً؛ إذ يقال: أخذ منه الرأي وأخذ منه العهد، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾[3].

دفع إشكال

وقد يقال في ما جاء آنفاً، بأنّ الأخذ في ما يمكن قبضه مسلّم وحقيقيّ، وفي ما عداه من المعنويات وغير المنقولات مجازيّ، قرائنه معه.

وجوابه: ليس الاختلاف في كونه حقيقةً أو مجازاً، بل في صحّة أخذ المنافع وعدمها ولو مع القرينة، فإذا صحّ ذلك فليكن أخذ اليد للمنافع مجازاً، وإذا صحّ أخذها صحّ ردّها باعتبار آخر، وهو ردّ قيمتها لتعذّر مثلها.

٢ ـ إنّ نهاية الحديث المقدّرة من الصلة والموصول «حتى تؤدّي ما أخذت» ظاهرة بأداء نفس المأخوذ، وهو قرينة على اختصاصه بالأعيان؛ إذ المنافع والأعمال غير قابلة للتأدية بأنفسها؛ لانصرامها وعدم استقلالها في وجودها[4].

---

١. مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ١٠٤.

٢. سبل السلام ٣: ٧٠.

٣. البقرة: ٢٥٥.

٤. مصباح الفقاهة ٣: ١٢٨، محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٥١ و١٧١.

قال في المحاضرات: وفيه مضافاً إلى ضعف السند أنّ ذيله قرينة على اختصاصه بالأعيان دون المنافع التي ليست منها، فإنّها غير قابلة للأداء بأنفسها، وظاهر الغاية ذلك[1]. وسيأتي الجواب عنه.

٣ ـ إنّ اليد حقيقة في الجارحة المخصوصة. ولا يلائم اليد من الأخذ إلّا ما كان ظاهراً منه في القبض الخارجي، فتختصّ الرواية بالأعيان دون المنافع.

ويتّضح الجواب عنه وعن سابقه بما يأتي من الدليل على ضمان المنافع.

الثاني: دلالة الحديث على ضمان المنافع:

ويقرب ذلك بدعوى

١ ـ أنّ اليد وإن كانت حقيقةً في الجارحة ولكن غير مقصودة في الرواية، لأنّها غير قابلة للخطاب بشيء من الأحكام، فلاستقامة المعنى لابدّ من التصرّف في الرواية بما يصحّ معه الخطاب بأن يقدّر مضاف محذوف هو «ذو» فتكون الجملة «على ذي اليد ما أخذ».

٢ ـ أنّ اليد وإن استعملت غالباً آلة للاستيلاء؛ لذا جاء التعبير بها، إلّا أنّها لا موضوعية لها في الضمان دون سائر الجوارح، فمن استولى على شيء بغير اليد يضمن قطعاً، وإذا لم يكن المراد من اليد هو الجارحة ولا من الأخذ ما يلائمها، فلم تعدّ الرواية مختصّة بالأعيان، بل المراد من اليد صاحبها، وأخذه أوسع من أخذها كما تقدّم.

٣ ـ ليس من شرط الاستيلاء على شيء أن يكون له وجود مستقلّ، بل يمكن كون الاستيلاء عليه بالتبع، فاليد على العين يد على منفعتها في الحقيقة وأخذ المنافع بأخذ العين، لذا يقال في إجارة الأعيان: إنّ قبض المنفعة بقبض العين، وإنّ حيازتها بحيازة أصلها، وهو ما ذهب إليه القسم الآخر من الإمامية[2]، وغير الحنفية[3]،

---

١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٧١.

٢. حاشية الطباطبائي على المكاسب: ٩٤.

يقول الطباطبائي: من المعلوم أنّ الأخذ ليس بمعنى القبض باليد، وإلّا لزم عدم الحكم بالضمان في كثير من الموارد، هذا مع أنّه يمكن أن يقال: يكفي صدق الأخذ بالنسبة إلى العين في ضمان المنافع، فإنّ حاصل المعنى أنّ ما أخذت اليد مضمونة، ويجب الخروج عن عهدتها، ومن شؤون الخروج عن عهدة العين أداء عوض منافعها[٤].

ويؤيّد ذلك أنّ من استولى على عين لا يصحّ سلب سلطنته على منفعتها، وحتى الذين استدلّوا بحديث «الخراج بالضمان» على عدم ضمان المنافع، فإنّ بعضهم يرى أنّ ذلك من جهة عدم تضمين الشارع للمنافع في مورده، لا أنّ المنافع لا يمكن الاستيلاء عليها أو عدم وقوعها تحت اليد بالمعنى المتقدّم.

نعم؛ بعض الأعيان يراها العرف منافع، كما اتّفق عليه الفقهاء[٥]، مثل الثمر على الشجر، واللبن في الضرع، فهذا لا شكّ في إمكان تأديته.

النتيجة: وإذا صحّ الاستيلاء على المنفعة بالتبع فهي مستقرّة في العهدة وثابتة في الذمّة لا ترتفع عنها إلّا بأدائها، وإذ يتعذّر تأدية المنافع المستوفاة والفائتة يرجع فيها إلى القيمة كما لو تعذّرت نفس العين وتعذّر مثلها، وبهذا تكون المنافع مضمونة ومؤدّاة كما هو الشأن في أعيانها.

منافع الحرّ

قد يقال: إنّ دخول المنفعة تحت السلطنة تبعاً للعين لا يمكن تصويره في الحرّ؛ لعدم دخوله تحت اليد، كما يقول ابن نجيم[٦] وغيره، لأنّ اليد هي السلطنة، ولا

---

٣. المدخل لشلبي: ١٦٦.

٤. حاشية الطباطبائي على المكاسب: ٩٦.

٥. المدخل للفقه الإسلامي لمدكور: ٤٨١ هامش رقم ١.

٦. الأشباه والنظائر: ١٣١.

سلطنة على الأحرار.

ويجاب عنه: إنّ هذا ـ يعني نفي تحقّق عنوان الأخذ ـ بالنسبة للمنافع، وقد مرّ آنفاً إمكانه، مضافاً إلى ذلك أنّه إن أُريد بالسلطنة السلطنة الشرعيّة ـ بمعنى أنّ دخوله كلا دخول ـ فهي منتفية عن مثل المغصوب أيضاً، وإن أُريد بها السلطنة الخارجية فحال الحرّ المستضعف حال العبد المغصوب والدابّة المغصوبة[1]، بل هو نظير سلطنة المستأجر على الأجير الحرّ[2]، ويؤيّده أيضاً أنّ العقلاء يرون تضمين من فوّت على الحرّ الكسوب عملَه فيما إذا حبسه[3].

عموم القاعدة

وإذ ثبت أنّ من مدارك القاعدة هو حديث «على اليد» فهو بعمومه يدلّ على ضمان كلّ ما دخل تحت اليد من المقبوضات. لا فرق بين قبضه بالعدوان كالغصب والسرقة، أو بالسوم والعقد الفاسد، أو بالائتمان بمعنييه الأعمّ والأخصّ أو غير ذلك، إلّا إذا دلّ دليل مقيّد لذلك الإطلاق أو مخصّص للعموم مثل عدم ضمان الأمانة بلا تعدٍّ أو تفريط، فحينئذ يخرج عن العموم ويبقى ما عداه مشمولاً للقاعدة.

الدليل الثاني: الإجماع

ومن نصوصهم في الإجماع على ضمان الغاصب والمقبوض بالعقد الفاسد ـ وهما من أظهر أفراد ضمان اليد ـ ما قاله في الرياض مع الأصل: ولو تلف المغصوب أو تعذّر العود إليه وردّه، ضمن الغاصب مثله إن كان المغصوب مثلياً بلا خلاف؛ لأنّه أقرب إلى التالف ـ إلى أن قال ـ: واعلم أنّه قد ظهر مما مرّ أنّه إن لم

---

١. هداية الطالب ١: ٢٢٠، قواعد الفقيه للعاملي: ٦٦.

٢. مناهج الهداية: ١٠.

٣. قواعد البجنوردي ٤: ١٧٨، كشّاف القناع ٤: ١١٢.

يكن المغصوب مثلياً يلزم قيمته إجماعاً[١].

وقال في المنهاج وتحفته: فإن تلف عنده المغصوب أو بعضه وهو مال متموّل، بإتلاف أو تلف، ضمنه إجماعاً[٢].

وقال في بداية المجتهد: وأمّا ما يجب فيه الضمان فهو كلّ مال أُتلفت عينه أو تلف عند الغاصب عينه... وذلك فيما ينقل ويحول باتّفاق[٣]. وأمّا الإجماع على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد فقد قال الشيخ الأنصاري: فهو المعروف[٤]، وادّعى الشيخ في باب الرهن وفي موضع من البيع الإجماع عليه صريحاً[٥]، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد[٦]، وفي السرائر: إنّ البيع الفاسد يجري عند المحصلّين مجرى الغصب في الضمان[٧]، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا[٨]، وقد نصّ الفقهاء على أنّ المقبوض بالعقد الفاسد من جزئيّات قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، وقد نقل بعضهم الإجماع عليها، كما في البلغة[٩] وقواعد البجنوردي[١٠].

مناقشة الدليل

ويناقش دليل الإجماع هذا بالعلم بالمدرك الذي استندوا إليه، وهو آية

---

١. رياض المسائل في شرح المختصر النافع ٢: ٣٠٤ـ٣٠٥.

٢. المنهاج ٦: ١٠.

٣. بداية المجتهد ٢: ٣١١ـ٣١٢.

٤. كتاب المكاسب ٣: ١٨٠.

٥. المصدر السابق.

٦. إيضاح الفوائد ١: ٤٥٨.

٧. السرائر ٢: ٢٨٥.

٨. مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ١٠١، وانظر ٣: ٨٥ـ٨٦، مصباح الفقاهة ٣: ١٢٧ و١٣٦.

٩. بلغة الفقيه ١: ٧٨.

١٠. قواعد البجنوردي ٢: ٩٠.

المماثلة[١]، أو رواية «على اليد»[٢]، أو ما شاكل، فيرجع في مثله إلى نفس الدليل الذي استندوا إليه، على أنَّ أضيق من المدّعى؛ لشموله للغصب والمقبوض بالعقد الفاسد أو قاعدة ما يضمن.

الدليل الثالث: سيرة العقلاء

سيرة العقلاء في من أخذ مال غيره بغير حقّ أو أخذه بعنوان البدلية والمعاوضة وعين العوض وسمّاه ثم ظهرت المعاملة باطلةً، أنّه ملزم بردّه وعند تعذّره لا يذهب المأخوذ هدراً. ففي فرض حكم الشارع ببطلان المعاملة وتلف المقبوض يكلّف القابض بالضمان الواقعي.

ويكفي في حجيّة السيرة ـ لو ثبتت ـ إقرار الشارع، ولو عن طريق عدم الردع فيما يمكنه الردع عنه مع اطّلاعه عليه[٣]. ومثل هذه السيرة قائمة في زمن النبي ﷺ عادةً؛ لكونها أقرب إلى الظواهر الاجتماعية التي لا يتخلّى عنها عصر من العصور، ومع عدم ثبوت الردع عنها تثبت حجيّتها. وهذه السيرة دليل مستقلّ ضمّه بعض الفقهاء إلى أدلّة قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[٤]، وبه يكون المقبوض بالعقد الفاسد مضموناً على وفق القاعدة، بل ارتضاه بعضهم دون غيره من الأدلّة، كما في تقريرات بحث الخوئي للشاهرودي والتوحيدي[٥].

---

١. أي قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾: البقرة: ١٩٤، انظر الاختيار لتعليل المختار ٣: ٥٩، المغني لابن قدامة ٥: ١٩٨.

٢. المهذّب وتكملته الثانية ١٤: ٥٩ و٦٦، تحفة المحتاج ٦: ٩، كشّاف القناع ٤: ٩٩.

٣. الأُصول العامّة للفقه المقارن: ١٩٧ ـ ١٩٨ و٤٢٢ ـ ٤٢٣.

٤. قواعد البجنوردي ٢: ٨٦.

٥. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٥١ و١٥٤، مصباح الفقاهة ٣: ٩٨.

قال التوحيدي: وإذن فمدرك الضمان في قاعدة ضمان اليد، وفي المقبوض بالعقد الفاسد إنّما هو هذه السيرة[١] التي يرجع إليها الإقدام، بالبيان التالي:

الدليل الرابع: قاعدة الإقدام

ذكر الفقهاء أنّ من أدلّة قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هو الإقدام، ويقصد به هنا إقدام المتعاقدين على أن يكون مال كل منهما لصاحبه بضمان لا مجّاناً.

وعدّ قاعدة الإقدام دليلاً على قاعدة «على اليد» يتّضح من كون مدرك كل من قاعدة «على اليد» وقاعدة «ما يضمن بصحيحه» واحداً، يقول التوحيدي عند الحديث عن أدلّة قاعدة «ما يضمن بصحيحه»: فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركاً لهذه القاعدة، ودليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، لكي يتّضح من ذلك ما هو المدرك لقاعدة ضمان اليد أيضاً[٢].

وقد جعل الشهيد الثاني في المسالك «الإقدام» وجهاً مستقلّاً في قبال قاعدة «اليد»[٣]، واستظهروه أيضاً من المبسوط للشيخ الطوسي[٤].

مناقشة الدليل

ومجمل ما نوقش به[٥] أنّ الإقدام وحده لا يجعل في مصاف أسباب الضمان؛ لعدم وجود الدليل عليه، نعم لو أُريد بالإقدام حرمة المال وعدم هدره وبذل المالك

---

١. مصباح الفقاهة ٣: ٩٨.

٢. المصدر السابق: ٨٧.

٣. مسالك الأفهام ٤: ٥٥ من كتاب الرهن، عند قول المحقّق: (ولو شرط إن لم يؤدّ أن يكون الرهن مبيعاً لم يصحّ).

٤. المكاسب للشيخ الأنصاري ١: ١٠٢.

٥. بلغة الفقيه ١: ٨٢، قواعد البجنوردي ٢: ٨٥ ـ ٨٦، محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٥١، مصباح الفقاهة ٣: ٩٨.

له مجّاناً، لاتّجه الضمان كما عليه السيرة، ففي بلغة الفقيه حمل كلام الشيخ الطوسي وغيره على إرادة وجود المقتضي من اليد والاحترام وعدم المانع من الضمان وهو الإقدام على المجانية.

وقال الشاهرودي ـ بعد بيان الإقدام بالمعنى المذكور ـ: والاستدلال على الضمان بالإقدام بهذا المعنى متين جدّاً، ويرجع إلى السيرة التي بيّناها، وهي تشمل ضمان الأعيان والأفعال والمنافع أجمع[1].

والخلاصة: الإقدام بذاته ليس علّةً تامّةً للضمان، بل هو مع الاستيلاء والقبض يشكّلان معاً العلّة في الضمان. هذا إذا لم يكن التسليط من قبل المالك مجّانياً، وهو ما قامت عليه السيرة الممضاة من الشارع.

قال التوحيدي: وعليه فيحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد مطلقاً من ناحية السيرة المزبورة، سواء في ذلك التلف والإتلاف.

وقال أيضاً: وإذن فمدرك الضمان في قاعدة ضمان اليد، وفي المقبوض بالعقد الفاسد إنّما هو هذه السيرة[2].

---

١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٥١.

٢. مصباح الفقاهة ٣: ٩٨.

القسم الثاني

قاعدة «الإتلاف»

ويشتمل على ثلاثة فصول:

الأوّل: معنى الإتلاف وتقسيمه إلى إتلاف بالمباشرة والتسبيب

الثاني: أدلّة القاعدة

الثالث: حكم الإتلاف

الفصل الأوّل

معنى الإتلاف وتقسيمه

قاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»:

صاغ الفقهاء المبدأ العامّ للإتلاف في كليّة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» مستمدّينها من الأدلّة الشرعية، وينتظم الكلام عن معنى الإتلاف وأدلّة ضمانه وأحكامه فيما يأتي من بحوث:

الإتلاف في اللغة

وهو مصدر أتلف المتعدّي بالهمزة، والتلف هو الفناء والهلاك، فإتلاف المال معناه: إهلاكه وإفناؤه[1].

معنى القاعدة

والمراد بالقاعدة: أنّ من أتلف مال غيره يكون التالف في عهدة من أتلفه، لا تفرغ ذمّته منه إلّا بإعطاء مثله أو قيمته.

---

١. قال في القاموس: «تلف كفرح: هلك، وأتلفه: أفناه» وقال في لسان العرب ٩ : ١٨: «التلف: الهلاك والعطب في كلّ شيء».

ضمان المال والمالية

وقد قيل: إنّ القاعدة ظاهرة بإتلاف المال دون المالية، أي أنّها مختصّة بذاتية العين دون منفعتها... فالثلج مثلاً هو مال، له مالية وقت الصيف، فمن أتلفه فقد أتلف المال والمالية معاً، ومن أتلف الثلج شتاءً أي بوقت لا يحتاج إليه ولا ينتفع به فقد أتلف مالاً ليس له مالية، وبحبس الثلج عن مالكه صيفاً وإعطائه له شتاءً فقد أتلف المالية لا المال.

وعليه فمصبّ القاعدة ومنطوقها هو: إتلاف المال دون المالية، لذا كنّا بحاجة إلى التماس دليل آخر ـ غير القاعدة ـ على ضمان الماليّة.

يقول البجنوردي: والظاهر من إتلاف المال... هو المعنى الأوّل، أي إفناء نفس المال لا إفناء ماليته، وبناءً على هذا المعنى فالضمان في موارد إفناء المالية دون نفس المال يحتاج إلى التماس دليل آخر[١].

ويجاب عنه: إنّ في التفكيك بين المال والمالية تسامحاً في التعبير، إذ لا يعقل صدق عنوان المال مع سلخ المالية عنه، فصفات الماهية لا تسلخ عنها مع بقائها.

ثم إنّ المال هو ما كان مدعاةً باعثةً على تنافس العقلاء، غاية الأمر أنّه قد يكون عيناً كالقلم، وقد يكون من قبيل العوارض، كركوب السيارة وسكنى الدار مما يسمّى بالمنافع. وبهذا تكون قاعدة الإتلاف شاملةً لهما، لا فرق بين إتلاف المنفعة وإبقاء مصدرها، أو إتلاف المصدر والمنفعة بالتبع له.

ومع الإصرار على تميّزهما ـ المال والمالية ـ وعدم شمول القاعدة لإتلاف المالية، يمكن الاستدلال على ضمان المالية بآية المماثلة، وهي قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[٢] كما يأتي تقريبها.

---

١. القواعد الفقهية ٢: ١٠.

٢. البقرة: ١٩٤.

الفرق بين قاعدة اليد والإتلاف

فرّق السيوطي بين اليد والإتلاف بقوله: ويفارق ـ أي الإتلاف ـ ضمان اليد في أنَّ يتعلّق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب، وضمان اليد يتعلّق بهما[١].

هذا إذا لم نعتبر أنّ للإتلاف حالتين: المباشرة والتسبيب، كما عند العامليّ[٢] والقرافي[٣]، وابن رجب[٤] وغيرهم[٥].

ويقول كاشف الغطاء: التلف يختصّ باليد ويعمّ السماويّ وغيره، كما أنّ الإتلاف يعمّ ما لو كان تحت اليد أو لم يكن[٦].

الإتلاف قسمان

رأينا قبل قليل نصّ السيوطي في قصره حكم الإتلاف بالمباشرة دون السبب، والذي عليه عموم الفقهاء ـ وقد مرّ ذكر بعضهم ـ أنّ للإتلاف حالتين: المباشرة والتسبيب، وهما:

الحالة الأُولى: الإتلاف بالمباشرة

ومن أمثلته: أن يحرق ثوب غيره، أو يضرب حيوانه فيقتله، أو يكسر إناءه، أو يهدم داره.

تعريف المباشرة: وقد عرّفوا المباشرة بتعاريف يقصد منها: كلّ فعل يتلف الشيء من دون توسّط فعل آخر، وعلى هذا فالمباشر: من أتلف الشيء بنفسه من

---

١. الأشباه والنظائر للسيوطي: ٢٧٨.

٢. مفتاح الكرامة ٦: ٢٠٦.

٣. الفروق ٤: ٢٧.

٤. قواعد ابن رجب: ٢١٨.

٥. درر الحكّام لعلي حيدر ٢: ٥٣١.

٦. تحرير المجلّة ١: ٨٨.

دون تخلّل فاعل آخر بين فعله والإتلاف[١]، لا فرق بين كون الفاعل مريداً أو غير مريد[٢]، لذا كان فعل المباشر هو علّة الإتلاف بالمعنى المعروف للعلّة من عدم تخلّل واسطة بينها وبين المعلول.

يقول القرافي في تعريف العلّة ويدعوها بالسبب: ما يقال عادةً حصل الهلاك به من غير توسّط[٣]، وبمضمونه ما ورد عن الحنفيّة، إذ يعتبر في فعل المباشر حدّ العلل من عدم تخلّل واسطة بينهما[٤]، ومع ذلك قيّده بعضهم باشتراط عدم تخلّل فعل مختار بين فعل المباشر والتلف[٥].

ويرد عليه:

١ ـ أنّه مخالف لتعريف العلّة عندهم؛ لذا لم يرد في عبارات بعض الأُصوليين من الأحناف كون الواسطة فاعلاً مختاراً[٦].

٢ ـ إذا تخلّل بين المباشر والتلف فاعل غير مختار، يكون غير المختار هو المباشر دون الأوّل، بمعنى: أنّ ما أسموه بالمباشر إنّما كان في الحقيقة مسبّباً، وحتى

---

١. أُنظر حول ما جاء من المصادر القديمة ما سنشير إليه بعد هذا الهامش، مثل قواعد ابن رجب: ٢١٨، ومن الكتب الحديثة فقه الإمام جعفر الصادق لمغنية ٥: ٨، مصادر الحقّ للسنهوري ١: ٥٦، شرح المجلّة لمنير القاضي ١: ٢٧٠، التشريع الجنائي الإسلاميّ لعودة ٢: ٣٦، شرح المادّة (٩٠)، درر الحكّام شرح مجلّة الاحكام ١: ٨٠.

٢. القواعد الفقهية للبجنوردي ٢: ٢٢.

٣. الفروق ٤: ٢٧، تهذيب الفروق بهامشه ٢: ٢٠٤، ويدعو ان العلّة بلفظ السبب، وكذا يدعوها ابن رشد، بداية المجتهد ٢: ٣١١، ويعبّر صاحب الفروق وتهذيبه عن المباشرة بالعدوان، كما في الفروق ٢: ٢٠٦، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٣.

٤. كشف الأسرار على أُصول البزدوي ١: ١٧٦ ـ ١٧٧، التلويح على التوضيح ٢: ١٣١.

٥. التلويح على التوضيح ٢: ١٣٧ و١٣٨.

٦. كشف الأسرار على أُصول البزدوي ٤: ١٧٥ ـ ١٧٦.

لو نسب الفعل إليه يقال عنه إنّه متسبّب أقوى من المباشر، أو سبب في معنى العلّة على حدّ تعبيرهم.

٣ ـ ويبتني على التقييد المذكور ـ أي: عدم تخلّل فعل فاعل مختار ـ عدم الاطّراد في الحكم بالضمان؛ فقد حكموا في بعض المسائل بعدم ضمان المباشر مع أنّه لم يتخلّل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، ومن أمثلته ـ كما جاء في مجمع الأنهر ـ: أنّ من وضع جمرةً في الطريق وكانت الريح هادئة، ضمن، ولو دفعتها الريح فاحترق شيء فلا يضمن الواضع؛ معلّلاً ذلك بأنّ الريح نسخت فعله[1].

ومن الواضح أنّ المتوسّط بين واضع الجمرة والتلف إنّما هو الريح، وهي فاعل غير مختار، فينبغي ـ على رأيهم ـ أن يضمن الواضع؛ لأنّه لم يتخلّل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار!

وليقينية الإتلاف في هذا القسم ـ الإتلاف بالمباشرة ـ وحقيقته، فهو مورد الأدلّة والاتّفاق، لذا كان موجباً للضمان.

الحالة الثانية: الإتلاف بالتسبيب:

أمثلته: كمن يحفر في ملك غيره، أو في طريق المارّة من غير مسوّغ شرعي، فيقع إنسان أو حيوان فيهلك، أو يضع في الطريق مزالق ومعاثر فتعطب من جرائها المشاة، أو يلقي بصبيّ أو حيوان في أرض مسبعة وهو لا يقوى على الدفاع عن نفسه فتفترسه السباع، أو يرمي ببندقيّة للمزاح والتسلية فتجفل[2] من صوتها دابّة آخر فتلقي براكبها أو المتاع المحمول عليها إلى أمثال ذلك ممّا لا يبلغ حدّ الإحصاء.

---

١. ملتقى الأبحر وشرحه مجمع الأنهر ٢: ٤٠٢.

٢. جفل البعير: نفر وشرد.

تعريف التسبيب: وقد عرّفوه هنا بتعاريف، منها تعريف العلّامة الحلّي بأنّه: كلّ ما يحصل التلف عنده بعلّة غيره، إلّا أنّه لولاه لما حصل من العلّة تأثير[١]، وهو بتعريف القرافي: ما يحصل الهلاك عنده بعلّة أُخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلّة[٢]، ويقول عبد القادر عودة عن السبب بأنّه ما أثّر في التلف ولم يحصّله[٣]. أو هو: ما لا يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم إلى أمثال ما يقرب من هذه التعاريف في المعنى[٤].

وعليه فيراد بالسبب كل فعل حدث عنه أمر أفضى وجوده إلى التلف، بحيث لو لم يصدر الفعل الأوّل لم يقع التلف. وموضع الالتقاء بين العلّة والسبب ـ بما فسّرنا به هنا ـ أنّه بعدم وجودهما لا يقع تلف أصلاً، وموضع الافتراق هو أنّ وجود العلّة يلازمه حتميّة التلف، بخلاف السبب؛ إذ قد يقع التلف بوجوده وقد لا يقع.

اتّساع الإتلاف

وليس من شرط أن يكون إتلاف المتلف مقتصراً على فعله المادّي، كمن يقطع شجرةً فتموت، أو يضع مزلقاً في الطريق فيهلك العاثر، بل يتّسع الإتلاف لما هو قوليّ أيضاً، كما هو الحال في الشرط أو الإكراه اللفظي أو الغرور كذلك، ومنه كلمة باطل عند ظالم أغراه على مال إنسان.

وهذه الموارد وأمثالها تندرج في التسبيب وإن سجّلها بعض في قائمة أسباب الضمان وكأنّها أسباب منفردة غير مندرجة في الإتلاف، وقد ذكرنا ذلك في بحث

---

١. مفتاح الكرامة ١٠: ٢٧٧، وانظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٠٦، رياض المسائل ٢: ٥٤٣.

٢. الفروق ٤: ٢٧، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٤.

٣. التشريع الجنائي ٢: ٣٦.

٤. قواعد البجنوردي ٢: ٢٢، مجلّة الأحكام م٨٨٨، درر الحكّام لحيدر ١: ٨٠ و٢: ٤٥٢ ـ ٤٥٣، شرح المجلّة للقاضي ٢: ٢٧١.

أسباب الضمان وأنواعه وعليه فلا حاجة لبحثها منفردةً فضلاً عن إثباتها لكـونها مقطوعاً بها ومضمّنة في الجملة لورود أدلّـة خـاصّة فـيها بـالذات كـقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[١]، وقوله: «رفع عن أُمّتي ما أُكرهوا عليه»[٢] إلى أمثالهما.

---

١. وسائل الشيعة ١٥: ٣٠ ح ٤.

٢. المصدر السابق ٤: ٣٧٣. ومن ألفاظ الحديث كما عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنـه قـال: «إنّ الله وضع عن أُمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» سنن ابن ماجة ١: ٦٥٨.

الفصل الثاني

أدلّة قاعدة الإتلاف

استمدّ الفقهاء أدلّة قاعدة الإتلاف من الكتاب والسنّة والإجماع، الدالّة على وجوب احترام حقّ المالك في ماله وتداركه عند إتلافه. ومن تلكم المدارك والأدلّة ما يلي:

الدليل الأوّل: القرآن الكريم

ومن آياته:

١ ـ قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[1].

وجه الاستدلال:

إنّ إتلاف مال الغير بدون رضاه اعتداء عليه، فهو مدلول للآية. وعندئذٍ يؤخذ من المتعدي بما يماثل المتلف، وليس هو إلّا المثل أو القيمة، وذلك تعبير آخر عن كونه ضامناً.

وقد يناقش الاستدلال المذكور بـ:

أ ـ أنّ مورد الآية هو الجنايات البشريّة.

ب ـ وأنّ تعبير الآية جاء بالاعتداء بالمثل، وأين ذلك من الضمان؟

---

١. البقرة: ١٩٤.

ويجاب عن المناقشة بما يأتي:

أ ـ عدم اختصاص الآية بمورد القصاص، بل تعمّ بإطلاقها وعمومها مختلف الجنايات البشرية والمالية.

ب ـ جزاء الاعتداء قد يكون مقاصّة، وقد يكون تضميناً. لأنّ مقابلةالإتلاف بمثله في كل الأحوال شريعة الظالمين، كما جاء في أعلام الموقّعين[1].

ويحلّل ابن قيّم الجوزية وجه تضمين المال لا إتلاف نظيره بقوله: لأنّ المتلف ماله إذا أخذ نظيره صار كمن لم يُفتْ عليه شيء وانتفع بما أخذه عوض ماله. فإذا مكّناه من إتلافه كان زيادةً في إضاعة المال، وما يراد من التشفّي وإذاقة الجاني ألم الإتلاف فحاصل بالغرم غالباً[2].

ج ـ أمّا التعبير بالاعتداء عن المقاصّة أو الضمان فللمشاركة[3]، كقوله تعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[4]، وكقول الشاعر:

قالوا اقتراح شيئاً نُجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبّةً وقميصاً[5]

وإذن فإتلاف الأموال وضمانها مشمول بالآية ومن مواردها.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾[6]

ووجه الاستدلال السابق آتٍ في هذه الآية أيضاً.

---

١. أعلام الموقّعين ٢: ١٠٤.

٢. المصدر السابق.

٣. قواعد البجنوردي ٢: ١٧، أعلام الموقّعين ٢: ٢٦.

٤. الشورى: ٤٠.

٥. معاهد التنصيص للسيد العباسي ١: ٢٢٥ ونسبه إلى أبي الرقعمق أو الشمقمق.

٦. النحل: ١٢٦.

وممن استدلّ بها على أنّ المتلفات تضمن بالجنس ابن قيّم الجوزية[١]، وابن حزم الظاهري[٢].

الدليل الثاني: الروايات

ومنها:

١ ـ المرويّات عن النبيّ ﷺ من أنّ حرمة مال المسلم حرمة دمه، فعن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام: إنّ رسول الله ﷺ خطب يوم النحر بمنى فقال: «... فإنّ حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا»[٣]. وقريب منه ما في بلوغ المرام، وقال عنه: متّفق عليه[٤].

وعن ابن مسعود عن النبيّ ﷺ: «إنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه»[٥].

وجه الاستدلال بالروايات

ووجه الاستدلال بها: أنّ احترام مال المسلم بمنزلة دمه، لا يذهب هدراً بالإتلاف، بل فيه الضمان على متلفه. وقد مرّ ما نوقش به هذا الاستدلال في قاعدة «على اليد»[٦]، من أنّ مفاد الحرمة هو الحكم التكليفيّ لا الوضعيّ.

٢ ـ قوله ﷺ: لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادّاً ولا لاعباً، فمن أخذ عصا أخيه فليردّها»[٧].

---

١. أعلام الموقّعين ٢: ٢٦.

٢. المحلّى بالآثار ٨: ١٣٥.

٣. مستدرك الوسائل ٢: ١٤٥.

٤. بلوغ المرام ٣: ٧٣.

٥. قال الشيخ الطوسي: روى الأعمش عن أبي وائل.... إلى آخره. المبسوط ٣: ٥٩.

٦. راجع: ٦٦ و٦٧.

٧. المبسوط للطوسي ٣: ٥٩. وانظر: مستدرك الوسائل ٣: ١٤٦، مسند أحمد ٤: ٢٢١، الترمذي ٩: ٥، مصابيح السنّة ٢: ١٤.

والمناقشة في دلالتها على المطلوب كسابقتها، فهي دالّة على الحكم التكليفيّ وحسب، على أنّها مختصّة بالغصب لا مطلق الإتلاف.

٣ ـ رواية «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

وقد مرّ وجه الاستدلال بها.

٤ ـ ما روي عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام من قوله: «فمن نال من رجل شيئاً من عرض أو مال، وجب عليه الاستحلال من ذلك والانفصال عن لّ ما كان منه إليه ـ إلى أن قال ـ ولكنّي أرى أن أُودّي إليهم إن كانت قائمةً في يدي من اغتصبها ويتنصّل[1] إليهم منها، وإن فوّتها المغتصب أُعطي العوض منها»[2].

ووجه الاستدلال بها أنّ قوله عليه السلام: «وإن فوّتها المغتصب أُعطي العوض منها» صريح في الضمان.

ويناقش الاستدلال، بأنّ الرواية وإن دلّت بوضوح على الضمان، غير أنّها مرسلة، ودالّة على ضمان الغصب لا مطلق الإتلاف، فدلالتها أضيق من المدّعى.

٥ ـ وعن أمير المؤمنين عليّ عليه السلام أنّه قضى في من قتل دابّةً عبثاً أو قطع شجراً، أو أفسد زرعاً، أو هدم بيتاً، أو عور بئراً أو نهراً، أن يغرم قيمة ما استهلك وأفسد، وضرب جلدات نكالاً، وإن أخطأ ولم يتعمّد ذلك، فعليه الغرم ولا حبس ولا أدب، وما أصاب من بهيمة فعليه ما نقص من ثمنه[3].

ووجه الاستدلال بها أنّ ما يتلفه الآخرون من المتموّلات أو يستهلكون منه شيئاً، عليهم خسارة ما أتلفوا أو استهلكوا، وهو معنى الضمان.

ويناقش الاستدلال بأنّ دلالتها وإن كانت واضحةً على ضمان الإتلاف، إلّا أنّها

---

١. تنصّل ألى فلان من الجناية: خرج وتبرّأ عنده منها.

٢. مستدرك الوسائل ٣: ١٤٥.

٣. المصدر السابق: ١٤٧.

مرميّة بالإرسال.

٦ ـ وممّا استدلّ به، تغريم النبيّ ﷺ إحدى زوجاته ـ وقد كسرت إناء صاحبتها ـ إناءً بدله، قائلاً: «إناء بإناء»[١]. ودلالتها واضحة.

٧ ـ قوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ»[٢].

وهي من جملة ما استدلّ به ابن حزم على وجوب الردّ وضمان المثل قائلاً: ولم يستثن ﷺ عالماً من غير عالم، ولا مكلّفاً من غير مكلّف، ولا عامداً من غير عامد[٣].

ومناقشة الاستدلال بهذه الرواية، أنّها لا تثبت موضوعها، بمعنى أنّ الرواية لا تتعهّد ببيان كون الإتلاف من العمل الذي عليه أمر فيؤخذ به أو ليس عليه أمر فيردّ، مثلاً لو قال: الخمر حرام، فلا يستدلّ به على خمرية سائل موجود في قدح، بل لابدّ من إثبات كونه خمراً بدليل آخر.

٨ ـ وجود روايات دالّة على ضمان المسبّب، وهي دالّة بالأولوية على ضمان المباشر للإتلاف، وستأتي هذه الروايات.

ومع ما سبق من مناقشاتنا في وجوه الاستدلال بالروايات آنفة الذكر في كون قسم منها مرسلاً أو دالاًّ على حرمة الإتلاف أو وجوب الردّ أو كونه أضيق من المدّعى، لكنّه يمكن استفادة الضمان من مجموعها، وذلك:

أ ـ صراحة بعضها في الضمان، ودلالة بعضها الآخر عليه، كرواية «على اليد».

ب ـ تنظير بعضها بما اجتمع فيه الحكم التكليفيّ والضمان، كحرمة الدم، وذكر الحرمة دون الضمان ربما كان تغليباً لجانب الحرمة عليه؛ لأهمّيتها، ويؤكّد هذا أنّ المشبّه به في بعضها ـ البلد والشهر واليوم ـ تمحّض للحرمة.

---

١. صحيح الترمذي ٦: ١١٣، بلوغ المرام ٣: ١٧١، نيل الأوطار ٥: ٣٤١ ـ وممن استدلّ بها ابن قيّم الجوزية في أعلام الموقّعين ٢: ١٠٤.

٢. صحيح البخاري ٢: ١٧.

٣. المحلّى بالآثار ٨: ١٣٥.

ج ـ منطوق بعض الروايات وإن دلّ على الحرمة، ولكنّها عند التحليل دالّة على الضمان بالملازمة والمفهوم العرفيّ.

الدليل الثالث: الإجماع

نصّ بعض الأعلام على تسالم الفقهاء على مضمون قاعدة الإتلاف، وتكلّموا فيها، وكأنّها من إرسال المسلّمات، ولم نر في حدود تتبّعنا من أنكرها وإن وقع الاختلاف في تطبيق مصاديقها كما سنرى في التسبيب، فقد قال البجنوردي باتّفاق الجميع على هذه القاعدة، وأنّه لا خلاف فيها، بل يمكن أن يقال: إنّها مسلّمة بين جميع فرق المسلمين، وربّما يقال: إنّها من ضروريّات الدين[١].

وقال صاحب الجواهر: مباشرة الإتلاف بلا خلاف فيه بين المسلمين بل الإجماع بقسميه عليه إن لم يكن ضرورياً[٢].

وممن نص على ضمان الإتلاف أيضاً ـ وقد مرّ ذكر بعضهم في أسباب الضمان ـ أحمد ابن يحيى من الزيدية[٣]، والقرافيّ من المالكية[٤]، وابن عابدين من الحنفيّة[٥]، والسيوطيّ من الشافعية[٦]، وابن رجب من الحنابلة[٧]، وابن حزم من الظاهرية[٨]، ولم ينسبوا إنكارها لفقيه.

---

١. القواعد الفقهيّة ٢: ١٧.

٢. جواهر الكلام ٦: ٩١.

٣. البحر الزخّار ٤: ١٧٣، شرح الأزهار ٤: ٤١٩.

٤. الفروق ٢: ٢٠٦ ـ ٢٠٧، تهذيب الفروق بهامشه ٢: ٢٠٣ ـ ٢٠٥، وقد عبّرا عنه بالعدوان، وهو المقصود من مباشرة الضرر. أُنظر الفروق ٤: ٢٧ وبداية المجتهد ٢: ٣١١.

٥. الدرّ المختار وحاشية ابن عابدين ٥: ١٢٥ ـ ١٢٦.

٦. الأشباه والنظائر: ٢٧٨.

٧. القواعد في الفقه الإسلامي: ٢١٨.

٨. المحلّى بالآثار ٨: ١٣٤.

مناقشة

الإجماع المدّعى لا يعدّ دليلاً متى ما صح استناده إلى النصوص الشرعية، لكونها هي الدليل.

الدليل الرابع: سيرة العقلاء الممضاة من الشارع

فالعقلاء في سلوكهم يضمّنون من أتلف مال غيره مباشرةً، ويكفي في تبنّي الشارع لهذا السلوك إقراره له مع علمه به وعدم الردع عنه مع إمكان ذلك بالنسبة له.

قال السيد ميرزا حسن عن الإتلاف بالمباشرة: وعليه الاتّفاق من المسلمين قاطبةً، بل عليه اتّفاق جميع عقلاء العالم[١].

إذن فالأدلّة من النصّ القرآني، والروايت والإجماع، وسيرة العقلاء، متوفّرة وواضحة على ضمان الإتلاف. وللعلم بضمان المتلف وخاصّة المباشر نرى كثيراً من الفقهاء عند كلامهم على الإتلاف لم يجهدوا أنفسهم بتقديم أدلّته وتكلّموا عن حكمه رأساً.

أدلّة ضمان التسبيب

قد يبدو غريباً انفراد التسبيب بأدلّة على ضمانه، مع أنّه وجه آخر للإتلاف مشمول بعموم أدلّته، ولكن تمشّياً مع رأي من يرى أنّ التسبيب ليس أحد وجهي الإتلاف آثرنا بحثها مستقلّةً.

الدليل الأوّل: الروايات

وردت روايات كثيرة في قاعدة الغرور وغيرها، دالّة على تضمين المسبّب كما لو كان مباشراً للإتلاف، ومن تلك الروايات:

١ ـ ما روي عنه ﷺ: «من أخرج من حدّه شيئاً فأصاب إنساناً فهو ضامن»[٢].

---

١. القواعد الفقهيّة ٢: ٢٢.

٢. ضعّف ابن حزم الروايتين في المحلّى بالآثار ١٠: ٥٢٦ ـ ٥٢٧.

٢ ـ ما روي عن الإمام علـيّ عليه السلام: «من أخرج رحاً من ركن داره فعقرت رجلاً ضمن»[١].

٣ ـ وعن الصادق عليه السلام: «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من أخرج ميزاباً، أو كنيفاً، أو أوتد وتداً، أو أوثق دابّةً، أو حفر بئراً في طريق المسلمين، فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن»[٢].

٤ ـ قال الإمام الصادق عليه السلام: «كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه»[٣].

٥ ـ وقال زرارة: قلت للصادق عليه السلام: رجل حفر بئراً في غير ملكه، فـمرّ عـليها رجل فوقع فيها؟ فقال: «عليه الضمان»[٤].

قال صاحب الجواهر بعد ذكره لبعض الروايات: إلى غير ذلك من النصوص التي منها المعتبرة المستفيضة[٥].

ودلالتها على المقصود واضحة ولا تحتاج إلى تقريب.

الدليل الثاني: الإجماع

فقد ادّعى بعض الفقهاء إمكان تحصيل الإجماع عليه[٦]، كما ادّعى بعضهم نـفي الخلاف فيه[٧].

---

١. ضعّف ابن حزم الروايتين في المحلّى بالآثار ١٠: ٥٢٦ ـ ٥٢٧.

٢. تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٠. وانظر: وسائل الشيعة ١٩: ١٨٢، مستدرك الوسائل ٣: ٢٦٩.

٣. وسائل الشيعة ١٩: ١٨١.

٤. المصدر السابق: ١٧٩. وقد استدلّ فقهاء الإمامية بمثل الروايات السابقة في كتبهم مثل مفتاح الكرامة ١٠: ٢٩١، جواهر الكلام ٦: ٩١، قواعد البجنوردي ٣: ٢٣، فقه الإمـام جـعفر الصـادق عليه السلام ٥: ٩، المبادئ العامّة للفقه الجعفري: ١٦٠.

٥. جواهر الكلام ٦: ٩١.

٦. قواعد البجنوردي ٢: ٢٢.

٧. جواهر الكلام ٦: ٩١.

مناقشة

وإذا صحّت الروايات السابقة أو غيرها على ضمان التسبيب عند مدّعي الإجماع فتكون هي الدليل.

الدليل الثالث: شمول أدلّة الإتلاف للتسبيب

إذا قلنا: إنّ للإتلاف حالتين: المباشرة والتسبيب، كما صرّح به غير واحد من الفقهاء، فحالته الثانية تشمله أدلّة الإتلاف بإطلاقها في إيجابها للضمان.

رأي ابن حزم في التسبيب

يبدو أنّ لابن حزم رأياً في التسبيب، وحكمه يتجلّى من نصوصه. فمّما طرحه في مجال التسبيب مسائل:

منها: الخشبة تخرج من الحائط، والقصّار ينضح[١]، والقصّاب كذلك، وإخراج شيء في طريق المسلمين...[٢].

وبعد أن ذكر بعض الروايات الدالّة على الضمان وأقوال العلماء قال: أما عند أصحابنا، فلا يضمن عندهم أحد في شيء من ذلك[٣].

ثم نظر في الروايات التي ذكرها فرماها بالإرسال أو الضعف، وقال: فلم يبق للمضمّنين حجّة أصلاً، وقد صحّ أنّ الأموال محرّمة، فلا يحلّ إلزام أحد غرامة لم يوجبها نصّ أو إجماع، فوجب أن لا ضمان في شيء من ذلك[٤].

ومنها: الجرّة توضع إلى باب أو إنسان يستند إليه فيفتح الباب فاتح، فيفسد المتاع

---

١. قصر الثوب: دقّه وبيّضه فهو قصّار ـ ينضح: بمعنى يرشّ ويسقي.

٢. المحلّى بالآثار ١٠: ٥٢٥.

٣. المصدر السابق: ٥٢٧.

٤. المصدر نفسه.

أو يقع الإنسان فيموت، قال: والظاهر عندنا... أنّه ضامن للمتاع، والدية على عاقلته، والكفّارة عليه لأنّه مباشر لإسقاط المتاع وإسقاط المسند قاصداً إلى ذلك وإن لم يعلم، بخلاف ما ذكرنا قبل ممّا لم يباشر الإتلاف فيه... والذي يزحم دابّته في الطريق فيدفعها عن طريقه فتدوس إنساناً أو تفسد متاعاً، فإنّه يضمن لأنّه مباشر للإفساد، ولا نبالي بتعدّي مسند الجرّة والمتّكي إلى الباب لو كانا متعدّيين فكيف ولا عدوان في هذا[1].

ومن المسائل أيضاً: فصحّ أنّ من أطعم آخر سمّاً فمات منه، أنّ لا قود عليه ولا دية عليه ولا على عاقلته، لأنّه لم يباشر فيه شيئاً أصلاً بل الميّت هو المباشر في نفسه، ولا فرق بين هذا وبين من غرّ آخر يورّي[2] له طريقاً، أو دعاه إلى مكان فيه أسد فقتله. وقد صحّ الخبر أنّ رسول الله ﷺ لم يوجب على الذي سمّته وأصحابه فمات من ذلك السمّ بعضهم قوداً ولا دية، فبطل النظر مع هذا النصّ.

ووجه آخر، وهو أنّه لا يطلق على من سمّ طعاماً لآخر فأكله ذلك المقصود فمات، أنّه قتله إلّا مجازاً لا حقيقةً، ولا يعرف في لغة العرب أنّه قاتل[3].

خلاصة رأي ابن حزم

١ ـ الموارد التي لم يثبت على تضمينها نصّ شرعيّ أو إجماع لا يضمن أصحابها.

٢ ـ لم يأخذ بالتسبيب كقاعدة عامّة في التضمين، كما هو الأمر لدى بقيّة الفقهاء، فلا ضمان على من سمّ شخصاً في طعام وإن نسب إليه عرفاً، مادام الشارع لم ينصّ عليه، وليس هو مباشراً ولا فاعلاً لغةً.

٣ـ توسّع في مفهوم المباشرة، فأدخل فيه قسماً من التسبيب أحياناً وسمّاه مباشرةً.

---

١. المحلّى بالآثار ١٠: ٥٢٨.

٢. يورّي: يخفي.

٣. المحلّى بالآثار ١١: ٢٨.

وكل ذلك واضح ممّا عرّضناه من نصوصه، ولمن سبر[١] بقيّة مسائله في أواخر المجلّد العاشر من المحلّى بالآثار وبداية الحادي عشر منه.

مناقشة ابن حزم

وقد يناقش ابن حزم فيما ذهب إليه بما يأتي:

١ ـ يؤكّد في موارد التضمين على ضرورة وجود النصّ الشرعي أو الإجماع قائلاً: فلا يحلّ إلزام أحد غرامة لم يوجبها نصّ أو إجماع[٢]، بينما يقرّر ـ كقاعدة عامّة لديه ـ إنّما يضمن المرء ما تولّد عن فعله ولا يضمن ما تولّد عمّا تولّد عن فعله[٣].

٢ ـ دعواه في عدم صحّة ما روي عنه ﷺ: مثل «من أخرج من حدّه شيئاً فأصاب إنساناً فهو ضامن»[٤]، وقول عليّ عليه السلام: «من أخرج رحاً من ركن داره فعقرت رجلاً ضمن»[٥]. يقال فيها: صحيح ليس لأحد أن يحتجّ على أحد أو يلزمه بما لم يصحّ لديه، ولكن روايات التضمين لم تقتصر على ما ذكره منها، بل بلغت حدّ الاستفاضة بشهادة صاحب الجواهر[٦]. فإنكارها جميعاً بحاجة إلى إثبات أقوى من ذلك، وقد تقدّم بعض تلك الروايات وهي صحيحة وصريحة في ضمان التسبيب.

٣ ـ إنّ المفاهيم الواردة من الشارع تحمل على المفاهيم العرفية، والمرجع في تمييز مصاديقها ـ كتشخيص الفاعل منها ـ إنّما هو العرف، وهو يرى أنّ من سمّ آخر

---

١. سبر البئر أو الماء: امتحن غوره ليعرف مقداره.

٢. المحلّى بالآثار ١٠: ٥٢٧.

٣. المصدر السابق ١١: ٢.

٤. المصدر نفسه ١٠: ٥٢٧.

٥. المصدر نفسه: ٥٢٦.

٦. جواهر الكلام ٦: ٩١.

بطعام أنّه قاتل له. لذا فقد ينسب الفعل إلى الفاعل ـ وإن لم يباشره ـ حقيقةً أو عرفاً؛ مثل: مات زيد وفتح القائد البلاد. فإن كان مراد ابن حزم من قوله: «لا يطلق على من سمّ طعاماً لآخر وأكله أنه قتله إلّا مجازاً لا حقيقةً» عدم مباشرة قتله. فهو صحيح، وإن كان مراده عدم نسبة الفعل إليه، فلا. ويدلّ عليه أيضاً:

٤ ـ توسّعه في مفهوم المباشرة حيناً وتضييقه له حيناً آخر. فهو لم ير من سمّ شخصاً في طعام أنّه قاتل له. ولكن من فتح باباً يعدّه مباشراً إذا استند إليه شخص أو متاع فسقط الشخص أو تلف المتاع عند فتح الباب. علماً أن لا فرق بينهما وبين الطعام المسموم. فتلف المتاع مستند لوقوعه على الأرض، والموت مستند للطعام المسموم.

الرأي المختار

وبما تقدّم من الأدلّة وعدم نهوض أدلّة ابن حزم قبالها، يظهر قوّة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من شمول أدلّة الإتلاف للتسبيب، وورود بعضها فيه بالذات، وأنّ المرجع في نسبة الفعل للفاعل وإن لم يكن مباشراً إنّما هو العرف، ويتّضح هذا أكثر عن قريب.

الفصل الثالث
حكم الإتلاف

الحديث عن حكم الإتلاف يقع في مبحثين، هما:

١ ـ حكم المباشر والمتسبّب حالة الانفراد

٢ ـ حكم المباشر والمتسبّب حالة الاجتماع

المبحث الأوّل
حكم المباشر والمتسبب حالة الانفراد

التفرقة بين المباشر والمتسبّب بالتعدّي

المباشر ضامن، لا يشترط الفقهاء وجود التعدّي بالنسبة لأحوال المباشرة، فالمباشر عندهم ضامن وإن لم يتعدّ، من يتلف مال غيره وهو نائم، وهو موضع وفاق، كما يبدو بين مختلف المذاهب[1]؛ لإطلاق أدلّة الإتلاف وسيأتي إيضاحها.

المتسبّب ضامن بالتعدّي، أمّا المتسبّب فيشترط الفقهاء فيه وجود التعدّي، فلا

---

١. مفتاح الكرامة ١٠: ٢٧٣، متن الأزهار: ١٢٦، شرح الخرشي ٦: ١٤٠، المطبعة الكبرى ببولاق مصر سنة ١٣١٧، مجمع الأنهر ٢: ٤٨٦، نهاية المحتاج ٥: ١٥٠، الإقناع ٤: ١١٩، المحلّى بالآثار ٨: ١٣٤، مسألة: ٢١١٦ و٢١١٧.

يكون ضامناً إلّا وهو مقرون بذلك الوصف[1]. لذا كانت القاعدة لديهم أنّ المباشر ضامن وإن لم يتعدّ، والمتسبّب لا يضمن إلّا بالتعدّي.

المتسبّب والتعمّد

لكنّ ابن نجيم عبّر عن القاعدة بقوله: «المباشر ضامن وإن لم يتعمّد، والمتسبّب لا، إلّا إذا كان متعمّداً»[2]. فأخذ لفظة «التعمّد» بدلا من «التعدّي»، وهذا ما يدعونا إلى التحدّث عمّا يمكن أن يقصد هنا بالتعمّد، لنرى إلى أيّ مدىً تلتقي قاعدته الّتي ذكرها مع القاعدة التي ذكرها الفقهاء.

احتمالات معنى التعمّد

في المراد من «التعمّد» هنا ذكرت عدّة احتمالات، وفي أكثرها مواقع للتأمّل، وهي:

١ ـ التعمّد قصد الفعل لا قصد الضرر، وذلك أن يراد بالتمتعمّد في المتسبّب من أوجد الفعل عن قصد فقط، وهو المستفاد من ظاهر التعبير. قال الزهاوي: والمراد بالتعمّد تعمّد الفعل لا تعمّد الضرر، ويدلّ على المثال المتقدّم في إتلاف النائم شيئاً كأن ينقلب عليه مثلاً، وما سيأتي من تقييد ضمان المتسبّب بالتعمّد ولا يعقل قصره على أحوال قصد الضرر[3].

---

١. مفتاح الكرامة ٦: ٢١٩ و١٠: ٢٩٠ ـ ٢٩٣، متن الأزهار: ١٢٦، سبل السلام ٣: ٢٥٠، بداية المجتهد ٢: ٣١١، الفروق ٤: ٢٧، الاختيار لتعليل المختار ٥: ٢٦، مجمع الأنهر ٢: ٤٨٦ و٥١٣، مجلّة الأحكام ـ م: ٩٢٤، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام ١: ٨٣ و٢: ٥٤٨،، المهذّب ١٤: ١١٩، المنهاج وتحفته ٩: ٧، قواعد ابن رجب: ٢١٨ و٣٠٧.

٢. الأشباه والنظائر: ٢٨٤.

٣. رسالة الإسلام: ١٦٢.

ويرد عليه: أنّه غير كافٍ في الضمان، كما نصّ عليه الفقهاء، بل غير مقصود لابن نجيم نفسه، كما يتّضح مما مثّل به، فإذا صحّ أن يضمن المباشر بمجرّد وجود فعله، قصد أو لم يقصد، كما لو زلق فأتلف شيئاً، فلا يكفي في المتسبّب وجود نفس الفعل حتى مع القصد فضلاً عن غير قصد، فمن تعمّد حفر حفرة في ملكه دون قصد الضرر ووقع فيها حيوان فلا ضمان على الحافر، وهو ما مثّل به ابن نجيم عند ذكره للقاعدة قائلاً: ولو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه، وفي غير ملكه يضمنه[1]. فإذا كان المقصود به «تعمّد الفعل»، فلماذا لا يضمن الحافر في ملكه؟!

ويدّل عليه أيضاً ما سنورده من الأدلّة على عدم كفاية قصد الضرر فضلا عن قصد الفعل، وعدم الضمان هنا أولى، وتحليله بمنطق الحنفية: أنّ السبب سبب محض فلا يضاف إليه التلف.

٢ ـ التعمّد قصد فعل الضرر دون أصل الفعل، وذلك أن يراد به قصد الضرر كما جاء في بعض شروح المجلّة[2].

ويرد عليه: أنّه غير كافٍ في الضمان أيضاً؛ لقصور أدلّة الضمان عن شموله مع عدم التعدّي.

ودليل ذلك: أنّ ترتيب الضمان على الأفعال المستفاد من الخطابات الشرعية الوضعية لا يقيّد بعلم أو جهل، لا عمد أو خطأ، ولا قصد أو غير قصد[3]، ومن ثم ضمّنوا النائم المتلف لمال غيره، ولم يقصروا الضمان على تعمّد الضرر، فحكموا به على المباشر المتعمّد أو المخطئ، لأنّه علّة التلف في كلتا حالتيه، فكلّ من عُدَّ متلفاً تناوله الحكم المذكور.

---

١. الأشباه والنظائر: ٢٨٤.

٢. شرح المجلّة للقاضي ١: ١٥٦.

٣. مواهب الجليل للحطّاب ٥: ٢٧٨، الفروق وحاشية ابن الشاط ١: ١٦١ ـ ١٦٢.

وهو كما يشمل المباشرة في كلّ صورها لصدق التلف عندها، كذلك يشمل التسبيب في حالة التعدّي وكونه أقوى من المباشر، لصدق التلف عنده ونسبته إليه أيضاً، وعندئذ فلا حاجة فيه إلى قصد الضرر، ولذا لم يكن اشتراطهم «التعدّي» في المتسبّب اعتباطاً، لأنّ التلف ينسب إليه في مثل هذه الحال، ويؤيّده تعليلهم أنّه متى ما كان متعدّياً أمكن إضافة علّة التلف إليه فيصبح السبب سبباً في معنى العلّة[١]، وهذا يعني إمكان انضوائه تحت العلّة وكأنه من أفرادها كالمباشر. أمّا في حالة عدم تعدّيه فلا يصدق عليه أنّه أتلف، فلا يشمله الدليل من هذه الناحية وإن وجد قصد الضرر، لكونه من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع.

من ذلك يتبيّن أن لا حاجة في التسبيب إلى قصد الضرر، بل الحاجة فيه إلى وجود التعدّي وإن لازمه الضرر.

المالكية وقصد الضرر

نعم ذهب قسم من العلماء إلى كفاية قصد الضرر، كما هو الشأن لدى المالكيّة، فقد توسّعوا فيما يتحقّق به التعدّي إلى مجرّد قصد الفاعل الضرر، ورتّبوا الضمان على الحافر والمردي، وعلى الحافر في أرضه لغرض وقوع الحيوان مثلاً.

يقول القرافي عند تعداده لأسباب الضمان: ثانيها: التسبّب للإتلاف، كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو في أرضه لكن حفرها لهذا الغرض[٢].

وجاء في التاج والإكليل عن مالك... وإذا حفر بئراً في داره أو جعل حبالةً

---

١. التوضيح على التنقيح ٢: ١٣٧.

٢. الفروق ٢: ٢٠٦.

ليعطب بها سارقاً، فعطب بها السارق أو غيره فهو ضامن لذلك[١].

وكأنّهم نظروا إلى أنّ عمليّة الحفر مع قصد الضرر تشخّص إسناد التلف للحافر وأنّ الضرر وقع منه، وعلّله الزهاوي بقوله: وإنّما وصف فعله بالتعدّي نظراً لما قصده[٢] وعلّله بالنسبة لضمان الحافر والمردي بأنّهم قد راعوا قوّة التسبّب وشدّته عند اقترانه بالقصد المذكور[٣]، مع أنّ القاعدة تقضي ضمان المردي دون الحافر.

مناقشة

ومناقشة ما جاء تتّضح مما قدّمناه من أنّ ترتّب الضمان ليس على قصد الضرر بل على وجوده، مع تعيين من ينسب إليه، والروايات غير ناظرة إلى وجود قصد الضرر أو عدم وجوده، فمن حفر في ملكه لا يقال عنه: إنه تعدّى ولا ينسب التلف إليه عرفاً، ومن ثم حكم الفقهاء بضمان الصبيّ والمجنون ولم يشترطوا في خطاب الوضع القصد.

جاء في مواهب الجليل عن المسائل الملقوطة: العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها، وهو من خطاب الوضع، ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعامد[٤].

وقال في الجواهر: ومنه حينئذ يتّجه الضمان على الصبيّ والمجنون في مقام يفرض حصوله منهما على وجه يقتضي الضمان كالحفر في ملك الغير دون عاقلتهما، بل قد يقال بالضمان على الحافر عدواناً مثلاً ولو بعد موته فضلاً عن جنونه المتأخّر عن ذلك، لإطلاق ما يدلّ على التسبيب الذي لا تفاوت فيه بين

---

١. التاج والإكليل ٥: ٢٧٨.

٢ و ٤. رسالة الإسلام: ١٦٩.

٤. مواهب الجليل للحطّاب ٥: ٢٧٨.

المكلّف وغيره، كما في نظائر المقام[1].

وبناءً على ما تقدّم فما يراه بعضهم ـ كالأستاذ منير القاضي لدى تفسيره المادّة ٩٣ من مجلّة الأحكام ـ أنّ فعل المسبّب المفضي للضرر لا يوجب ضمانه إلّا إذا كان المسبّب متعمّداً لفعل الضرر[2]، يؤخذ عليه ـ مضافاً لما سبق ـ أنّ تعمّد نفس الفعل من غير قصد الضرر مع التعدّي كالحفر في ملك الغير، ينبغي أن لا يوجب الضمان، وكأنّه استدرك ذلك في موضع آخر فذهب إلى أنّه لو علم عدم قصد الإتلاف والضرر من المتسبّب ولكنّه أتى بما من شأنه إيقاع الضرر عادةً كالحفر في الطريق العامّ فهو قصد حكماً، قال: لأنّه متعدٍّ في فعله قاصداً للإتلاف حكماً، لأنّ الحفر في الطريق العامّ يؤدّي إلى ضرر الغير عادة[3].

وما قاله وإن كان صحيحاً من حيث ملازمة الضرر للتعدّي في الطريق العامّ غالباً، ولكن ما قاله صريح في عدم كونه علّةً يدور معه الضمان، وإلّا فكيف يفسّر ضمان من حفر في ملك غيره ـ لا في الطريق العامّ ـ ولم يقصد الضرر؟ ألا يضمن لتعدّيه وإن لم يقصد الضرر، وليس في مثله القصد الحكمي أيضاً؟ وإذ لم يوجد القصد الحكمي في الحفر بملك الغير ـ كما لو حفر بملكه ـ فلم يبق من فرق بينهما إلّا التعدّي الذي هو المرجع في الضمان.

نعم ـ وكما مرّ ـ إنّ الحفر في الطريق العامّ يوجب الضرر عادةً وينسب للمتحقّق منه، وخطاب الوضع وإطلاقات الأدلّة ناظرة لوجود الضرر ونسبته لفاعله عند تحقّقه، لا إلى القصد أو عدمه، قال في الجواهر:.... وذلك لظهور ما عرفت من النصّ والفتوى في أنّه يضمن ما ليس له إحداثه كوضع الحجر وحفر البئر ونحو ذلك ممّا

---

١. جواهر الكلام ٦: ٦٥٢.

٢. شرح المجلّة ١: ١٥٦.

٣. المصدر السابق ٢: ٣١٧.

هو متأهّل للضرر في الطريق على وجه لا يجوز له فعله فيه، ويلحق به فعل الساهي والغافل وغير المكلّف كما في غير المقام من الأسباب التي لا فرق فيها بين المكلّف وغيره.

ومن هنا يتّجه عدم اختصاص السبب بالعدواني... وعلى كلّ حال فالمراد عدم الضمان فيما جاز له إحداثه في الطريق الذي هو كالإحداث في الملك أو في المكان المباح، وحينئذ فلو أجّج ناراً ـ مثلاً ـ في ملكه مع عدم احتمال التعدّي لم يضمن، ولو اتّفق أنها سرت إلى غيره بطيران شرارة مع سكون الهواء[1].

٣ ـ التعمّد هو التعدّي وهو الظاهر من تمثيل ابن نجيم وتصريحه في موضع آخر بلفظ التعدّي وعدم ذكره للتعمّد، وكذا مجلّة الأحكام في بعض مواردها.

قال ابن نجيم: المباشر ضامن وإن لم يتعمّد، والمتسبّب لا، إلّا إذا كان متعمّداً ـ إلى أن قال ـ: ولو حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان لم يضمنه وفي غير ملكه يضمنه[2].

وله تعبير آخر بهذا النصّ: يضمن المباشر وإن لم يكن متعدّياً[3].

وقال في موضع آخر: فلا ضمان على حافر البئر تعدّياً بما أتلف بإلقاء غيره[4].

واشترطت المجلّة تعمّد المتسبّب في المادّة ٩٣، بينما اشترطت التعدّي في المادّة ٩٢٤، ونصّها: يشترط التعدّي في كون التسبّب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً، يعني ضمان المتسبّب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حقّ، مثلاً لو حفر أحد في الطريق العامّ بئراً بلا إذن وليّ الأمر، ووقعت فيها دابّة

---

١. جواهر الكلام ٦: ٦٤٧.

٢. الأشباه والنظائر: ٢٨٤.

٣. المصدر السابق: ٢٩٠.

٤. المصدر نفسه: ١٦٣.

لآخر وتلفت يضمن، وأمّا لو وقعت الدابّة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت لا يضمن.

وفسّر حامد مصطفى «التعمّد» في المادّة ٩٣ بالتعدّي، فقال: والمقصود بالتعمّد هو التعدّي وغير الحقّ كما هو صريح المادّة ٩٢٤[1].

وإذا صحّ استظهار كون «التعمّد» هو «التعدّي»، فيكون ابن نجيم قد وافق بقيّة الفقهاء في المؤدّى وإن خالفهم في التعبير.

مناقشة ابن نجيم

وما استظهرناه من ابن نجيم ومجلّة الأحكام وما نصّ عليه بعضهم، من كون التعمّد هو التعدّي، وإن كان تأويلاً حسناً لاتّفاق التعمّد والتعدّي في المصداق كثيراً، إلّا أنّهما متغايران في المعنى، وأنّ التعدّي أعمّ من التعمّد من وجه، فقد يتخلّف أحدهما عن الآخر، ومن ثم ذهب أمثال منير القاضي وعلي حيدر إلى اشتراط وجود التعمّد مع التعدّي في المتسبّب وأنّ تخلّف أحدهما لا يوجب الضمان[2]، وقد عرفنا ما فيه.

إيراد

يرى بعضهم أنّ المراد بالتعمّد تعمّد الفعل المتّصف بالتعدّي، قصد الضرر أو لم يقصده، كالحفر في الطريق العامّ من دون مسوّغ شرعي.

ويتركّز دليله على أنّ التعدّي صفة للعمد لا للخطأ، وهذا يعني أنّ المتسبّب لا يضمن إلّا متعمّداً متعدّياً.

---

١. الالتزامات والعقود: ٥٢.

٢. شرح المجلّة لمنير القاضي ٢: ٣١٥، درر الحكّام لعلي حيدر ١: ٨٣ و٢: ٥٤٨، غير أنّه في ج ٢: ٥٣١ قبل تفسيره المادّة «٩١٢» اكتفى بأحدهما قائلاً: أمّا الإتلاف تسبّباً فهو موجب للضمان إذا كان تعدّياً أو تعمّداً.

فقد قال سعيد الزهاوي: وقد تساءل ابن رشد: هل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط؟ ثم أورد القول بضمان الأموال عمداً وخطأ، والمراد بالعمد تعمّد الفعل، وبالخطأ خلافه ولا يوصف بالتعدّي، وإلّا لما كان لتساؤله محلّ، لكون المباشرة أولى في ترتيب الضمان من التسبّب، في حين أنّه ذكر قبله اشتراط التعدّي في التسبّب[1].

مناقشة الإيراد

إنّ العمد ما كان عن قصد، والخطأ خلافه، فتضمينهم المباشر تعمّد أو أخطأ لنسبة الإتلاف إليه حقيقةً، وإضافة القصد لا تثبت نسبة الإتلاف إليه، كما أنّ عدم القصد لا يزيلها عنه، ولذا قالوا عنه: تعمّد أو أخطأ.

أمّا نسبة الإتلاف إلى المتسبّب، فلا تصحّ مطلقاً وبأيّ شكل، كمن حفر في داره حفرةً ووقع فيها إنسان لم يؤذن له بالدخول، وهو معنى قولهم: إنّ الضمان لا يضاف إلى المتسبّب في حالة ضعفه أو عدم تعدّيه، بل اشترطوا «التعدّي» لضمانه.

التعدّي صفة للعمد وللخطأ

وإذا ما علمنا أنّ التعدّي هو التجاوز عن حدود الحقّ، وبتعريف الدكتور المحمصاني: أي بدون حقّ ولا جواز شرعيّ[2] فلا فرق بين كون العمل عن علم والتفات لذلك أم لا، فمن حفر متعمّداً في الشارع العامّ فهو متعدٍّ، أو وضع مزلقاً في نفس الشارع عن غفلة وسهو، أو أجّج ناراً في مهبّ الريح عن غفلة أو سهو كذلك، فأحرقت دار غيره أو مزرعته، فهو ضامن؛ لتعدّيه وإن لم يقصد الفعل أو الضرر، وهو مخطئ؛ إذ لا قصد له مع أنه متعدٍّ، يقول الدريني: ويتبيّن من ذلك أنّ فقهاء

---

١. رسالة الإسلام البغدادية: ١٦٣، العدد ٣ و ٤، السنة الخامسة.

٢. النظرية العامّة للموجبات والعقود لصبحي المحمصاني ١: ١٧٣.

الشريعة... اكتفوا بمباشرة الفعل الضارّ أو بالتعدّي في حالة التسبّب، وهو في نظرهم مجرّد ارتكاب الفعل الضارّ دون حقّ، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبّب من نوع إهمال أو تقصير أو عدم تبصّر منه[١].

نعم؛ إذا أُريد بالتعدّي قصد الظلم وقصد التجاوز عن الحقّ ـ الذي يعبّر عنه بالاعتداء ـ فيقع وصفاً للعمد لا للخطأ.

وإذن فالتعدّي يقع عن عمد وعن غير عمد، ويؤيّد هذا أنّ الجناية لغةً هي التعدّي، فيبحث الفقهاء في كتاب الجنايات ما كان عن عمدٍ وخطأ[٢]. ومن ذلك ما عرّف به الغصب من أنّه أخذ مال متقوّم محترم مملوك للغير بطريق التعدّي[٣]، ثم قسّموه إلى قسمين، أحدهما لا يتعلّق به إثم، وهو ما وقع عن جهل، كمن أتلف مال الغير وهو يظنّ أنه ملكه[٤]، فوصفوا الجهل ـ أي الخطأ ـ بالتعدّي، واستدلّوا له بقوله ﷺ «رفع عن أُمّتي الخطأ والنسيان»[٥].

وجاء في مواهب الجليل: وحاصل مسائل التعدّي الانتفاع بمال الغير دون حقّ فيه، خطأه كعمده[٦].

وكذا ورد في سبل السلام ما يدلّ على هذا المعنى[٧]، إلى أمثال ذلك من العبارات.

ويؤيّده أيضاً إطلاق قاعدة «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» فلا يفرّق فيه بين

---

١. الحقّ ومدى سلطان الدولة في تقييده للدريني: ٢٨٨.

٢. كشّاف القناع وغيره ٥: ٥٠٣ و٥١٣.

٣. المختار ٣: ٥٨.

٤. الاختيار لتعليل المختار ٣: ٥٩.

٥. المصدر السابق.

٦. مواهب الجليل ٥: ٢٧٤.

٧. سبل السلام ٣: ٢٥٠.

كون المتلف عالماً بفعله وبترتّب الإتلاف عليه أو جاهلاً به مادام يعدّ متلفاً، لأنّ الضمان من الخطابات الوضعيّة التي لا تقيّد بعلم أو جهل، ولا ببلوغ أو صغر، فضمان الأمين عند تعدّيه أو تقصيره يتحقّق بهما كونه متلفاً.

المبحث الثاني

حكم المباشر والمتسبّب حالة الاجتماع

ويقع الكلام فيه في نوعين:

١ ـ اجتماع المباشر أو المتسبّب

٢ ـ اجتماع المباشر والمتسبّب

الفرع الأوّل

اجتماع المباشر أو المتسبّب

اجتماع مباشرتين فأكثر وتعاقبهما

قد تجتمع مباشرتان أو أكثر عند تلف شيء، فلا يخلو أمر هذه المباشرات إمّا أن توجد مجتمعةً بوقت واحد، أو مترتّبةً في الوجود، وفي ذلك تفصيل واختلاف في الحكم بين الفقهاء، ومجمل القول فيه:

١ ـ اجتماع مباشرتين فأكثر بوقت واحد، بحيث يكون فعل كلّ مباشر له دخل في الإتلاف وينسب إليهم جميعاً، كما لو دفع جماعة حيواناً في بئر فمات، أو ألقوا مالاً من شاهق أو في بحر فتلف، فعندئذ يكونون جميعاً ضامنين، أمّا لو كان فعل بعضهم لا دخل له في زهوق الحيوان ـ كما لو جرحه أو أمسكه ـ فإنّما يسأل عن فعله هذا فقط.

٢ ـ تعاقب مباشرتين فأكثر، ومثاله إتلاف جماعة لمال منفردين على التعاقب لا مجتمعين، كما في الحالة السابقة. والحكم واحد في كلتا الحالتين من حيث الضمان، وما ذاك إلّا من حيث تحديد من نسب إليه الإتلاف وتشخيصه، لا فرق بين أن يجتمعوا أو يتعاقبوا.

هذا إذا نسب الإتلاف كاملاً إليهم جميعاً، فحكم الإتلاف إذا قام به أكثر من مباشر على التعاقب، فإنّ كلّاً منهم يعتبر متلفاً إذا أمكن تميّز فعله، كما لو أتلف المباشر الأوّل قسماً منه أو جهةً من جهاته، وجاء المباشر الآخر فأتلف القسم الآخر أو الجهة الثانية، فينسب الإتلاف إليه أيضاً بمقدار ما أتلف، وذلك كما لو هدم كلّ منهما قسماً من جدار على التعاقب.

أمّا لو اختصّ بالإتلاف أحد المباشرين، أو كان أسبق من صاحبه إليه، فيبدو أنّ الإتلاف ينسب إليه، فلو ألقى أحدهم حيواناً من شاهق، وقدّه بالسيف آخر قبل أن يصل الأرض، فيعتبر القاتل هو القادّ على تفصيل فيه أيضاً يعرف مما ذكروه بالنسبة لقتل الإنسان. وكذا لو ألقى إنسان كأساً من زجاج، وهشمه آخر بحجارة قبل أن يسقط على الأرض، فالهاشم هو المتلف.

اجتماع سببين فأكثر وتعاقبهما

وقد يجتمع سببان أو أكثر عند تلف شيء، فالأسباب أيضاً إمّا أن توجد في وقت واحد، أو مترتّبة في الوجود: فالكلام في صورتين:

١ ـ اجتماع الأسباب بوقت واحد، وفي هذه الصورة تشترك الأسباب جميعها في الضمان، لأنّ اختصاص بعضها به دون الآخر ترجيح بلا مرجّح[١]. ومثاله: ما لو اشترك جماعة في حفر حفرة في الطريق فوقع فيها حيوان.

---

١. المسالك (كتاب الغصب) عند قول المصنّف: «لكن إذا اجتمع السبب والمباشر».

٢ ـ تعاقب الأسباب، بأن كانت مترتّبةً في الوجود، كمن حفر حفرةً في الطريق العامّ، ثم جاء شخص آخر فوضع حجراً أو مزلقاً بقربها، فعثر حيوان فوقع في الحفرة فهلك، فحوالة الضمان على الحافر أو واضع الحجر؟

لهم في ذلك أقوال واحتمالات، فقد يكون الضمان على أوّل السببين وجوداً، وهو الحافر؛ لتحقّق سبب الضمان به، والوجه الثاني: أن يقدّم الأوّل في الجناية وإن تأخّر حدوثه، فيكون الضمان على واضع الحجر في المثال. ووجه ثالث: يقدّم أقوى الأسباب، كما لو نصب سكّيناً في الحفر المذكور، ووجه رابع: تساوي الأسباب لاشتراكها في التلف[١].

الرأي المختار

إنّ سبب اختلاف الفقهاء في حكم اجتماع المباشرات وتعاقبها، وكذا اختلافهم في حكم اجتماع الأسباب وتعاقبها إنّما هو من حيث تشخيص من يحقّ أن ينسب إليه الإتلاف، وذلك من الوقائع المادية. وما أعتقده هو أن يترك الحكم في تفاصيلها لقاضي الموضوع، لما قد يكتنفها من ملابسات تدعو أن يكون بعض المباشرين أو المتسبّبين هو المختصّ بالإتلاف دون غيره، فلو ثبت أنّهم فيه سواء، فهم مشتركون في الضمان.

وبعد، فالقواعد التي تحكم اجتماع المباشر وترتّبه، تحكم السبب كذلك عند اجتماعه وتعاقبه، وقد صرّح بذلك العامليّ في مفتاح الكرامة[٢]، وعبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي[٣]، ولذا عنونه بعضهم بتزاحم الموجبات.

---

١. مفتاح الكرامة ١٠: ٣١٩، جواهر الكلام ٦: ٩٣، المغني ٨: ٤١١، قواعد ابن رجب: ٣١٠، التكملة الثانية لمجموع المهذّب ١٧: ٣٤٦ـ٣٤٧.

٢. مفتاح الكرامة ١٠: ٣١٨.

٣. التشريع الجنائي الإسلامي ٢: ٤٦.

الفرع الثاني

اجتماع المباشر والمتسبّب

إذا اجتمع المباشر والمتسبّب، فهل الضمان على المباشر، أو المتسبّب، أو كليهما؟ وجوه واحتمالات. وما يمكن أن يقال هو:

١ ـ إذا اجتمع المباشر والمتسبّب وكان المباشر أقوى أُضيف الحكم إليه. ومثّل له بما لو تعدّى زيد فحفر بئراً في ملك غيره، وجاء عمرو فدفع خالداً فيه، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع.

وإضافة الحكم إلى المباشر في حالة كونه أقوى من السبب لا خلاف فيه فيما يبدو، وقد علّل على ألسنة بعض الفقهاء بأنّ التلف يستند إليه حقيقةً[1]، أو بأنّ شأن الشريعة تقديم الراجح[2]، أو لأنّه أقوى[3]، أو لأنّ الحكم يضاف إلى علّته لا إلى سببه إذا كانت العلّة صالحةً لإضافة الحكم إليها[4]، إلى أمثال تلك التعاليل.

وبالتأمّل نجد أنّ مرجعها إلى مضمون واحد وهو تغلّب المباشرة؛ إذ العلّة ما قدّمت إلّا لكونها أقوى واستناد الإتلاف إليها عرفاً بل عقلاً، وما كانت المباشرة أرجح من السبب فقدّمت عليه إلّا لنفس التعليل، ففي المثال المتقدّم نجد أنّ الدافع هو المتلف عرفاً، بينما حفر نفس البئر يعتبر معدّات الإتلاف.

٢ ـ إذا اعتدل المباشر والسبب وتساوى أثرهما في الفعل، يضاف الحكم إليهما

---

١. مسالك الأفهام ١٢: ١٦٤ من كتاب الغصب عند قول المصنّف: «إذا اجتمع السبب والمباشر قدّم المباشر في الضمان».

٢. الفروق ٢: ٢٠٨، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٦.

٣. المواهب السنيّة شرح الفرائد البهيّة بهامش الأشباه للسيوطي: ٣٥٢.

٤. رسالة الإسلام: ١٦٧.

ـ في غير الإكراه على القتل ـ[1] مالم يدلّ عليه إجماع معتبر يضيف الحكم إلى المباشر عند التساوي.

والظاهر من النصوص الفقهيّة في حالة اعتدال المباشر والمتسبّب أنّ هناك قولين:

أحدهما: إضافة الحكم إليهما لصدق الإتلاف منهما، وهو ما ذهب إليه القرافي[2]، والشيخ محمد علي مفتي المالكية؛ إذ قال: يجعل الضمان على المباشر والمتسبّب معاً إذا كانت المباشرة مغمورةً، كقتل المكره، فإنّ القصاص يجب عليهما ولا تغلب المباشرة لقوّة التسبّب[3].

---

١. اختلف الفقهاء في حكم القصاص من المباشر للقتل والمكره له على أقوال، القصاص منهما جميعاً، القصاص على المباشر دون المكره، عكسه، لا قصاص عليهما.

وما عدا القول الأوّل يعتبر خروجاً عن القاعدة التي تقتضي التساوي، وأدلّة الجميع في باب أصل القصاص. والدليل على هذه الحالة الاستثنائية من القاعدة، وأنّ أقوى الأقوال هو ثانيها، هو:

(أ) إنّ المباشر قاتل عمداً ظلماً، فيدخل في عمومات الكتاب والسنّة القائلة بالقود من القاتل، كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ وقوله ﷺ: «من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينه فإنّه قود».

(ب) ورود روايات عن أهل البيت عليهم السلام في هذا الشأن، مثل «إنّما جعلت التقيّة ليحقن بها الدماء، فإذا بلغ الدم فلا تقيّة». وأمّا المكره المتسبّب فيحبس مؤبّداً.

(ج) حرمة الدماء وأهمّيتها في نظر الشارع الأقدس، فليس نفس محترمة أولى من نفس مثلها ليدفع الضرر عن الأولى بقتل الثانية.

(د) إنّ عدم القود من المباشر تمكين للإنسان أن يحفظ نفسه بإزهاق أرواح الآخرين، كمن يقتل غيره في المخمصة ليأكله استبقاءً لنفسه.

(هـ) إنّ النفس لا بدل لها بخلاف المال.

٢. الفروق ٢: ٢٠٨.

٣. تهذيب الفروق ٢: ٢٠٦.

وقال ابن رجب: إذا استند إتلاف أموال الآدميّين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلّق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلّا إذا كانت المباشرة مبنيّةً على السبب وناشئةً عنه... .

ثمّ إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقلّ السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان، فالأقسام ثلاثة[١].

وقال السيد علي الطباطبائي: وإذا اجتمعا قدّم المباشر بلا خلاف ظاهر، بل ظاهرهم الإجماع عليه، وبه صرّح المقدّس الأردبيلي رحمه الله قال: وكأنّه مجمع عليه ـ إلى أن قال ـ: قالوا: لأنه أقوى، وفيه نظر، فإنّ القوّة لا تدفع الضمان عن ذي السبب بعد وجود ما يقتضي ضمانه أيضاً، وهو ما مرّ من حديث نفي الضرر، ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً وتخيّر المالك في الرجوع إلى أيّهما شاء كالغصب، فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما كترتّب الأيدي في غاية الحسن، وعلى هذا نبّه خالي العلّامة في حاشيته على شرح الإرشاد، إلّا أنّ ظاهره المصير إليه أو بقاؤه في شباك التردّد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، ولعلّه لتوقّفه في فهم الإجماع وتردّده في قبول حكايته من ناقله لعدم قطعه به، وهو حسن، ولكنّ الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما ذكروه متعيّن[٢]. وممن ذكر القاعدة أيضاً عبد القادر عودة، ونصّ على إضافة الحكم إى المباشرة والسبب عند الاعتدال[٣].

ثانيهما: إضافة الحكم إلى المباشر دون السبب، فإنّ أكثر الفقهاء يضيفون الحكم

---

١. قواعد ابن رجب: ٣٠٧.

٢. رياض المسائل ٢: ٣٠٤.

٣. التشريع الجنائي الإسلامي ٢: ٤٧.

إلى المباشر ما لم يكن السبب أقوى منه، وذلك ـ يعني إضافة الحكم إلى المباشر ـ في حالة كونه أقوى من السبب أو تساويه معه، ويستفاد ذلك من إطلاق عباراتهم وتصريح بعضهم[١]، ويبدو الاتّفاق عليه بل كونه من المسلّمات عندهم كما نصّ عليه غير واحد.

قال العلّامة الحلّي في قواعده: إذا اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر، وعقّب عليه العاملي بقوله: كما طفحت به عباراتهم في الباب وباب القصاص والغصب، وفي كشف اللثام الإجماع عليه، وذلك إذا تساويا في القوّة أو رجّح المباشر، كما نبّهوا عليه بقولهم: ضمن المباشر؛ والحوالة على المباشر إلّا مع ضعفه[٢]. وقال الشهيد الثاني: والثاني بأن يجتمع المبارة والسبب فيقدّم المباشر؛ لأنّه أقوى، ولأنّ التلف يستند إليه حقيقة ـ كما بيّناه ـ بخلاف السبب، واستثني من ذلك ما إذا ضعف المباشر[٣].

وقال السيد علي الطباطبائي: وإذا اجتمعا قدّم المباشر: بلا خلاف ظاهر... قالوا: لأنّه أقوى، وفيه نظر[٤].

وقال ابن نجيم: إذا اجتمع المباشر والمتسبّب أُضيف الحكم إلى المباشر[٥].

---

١. القواعد ومفتاح الكرامة ١٠: ٣١٨، شرائع الإسلام: ٢٧٣، جواهر الكلام ٦: ٩٣ و٦٥١، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٦٣، المادّة ٩٠ مجلّة الأحكام، شرح المجلّة لمنير القاضي ٢: ٣١٧، الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٤٥، المواهب السنيّة بهامش الأشباه: ٣٥٢، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٣: ٩٤ و٩٥.

٢. مفتاح الكرامة ١٠: ٣١٨.

٣. المسالك عند قول المحقّق الحلّي: «لكن إذا اجتمع السبب والمباشر قدّم المباشر في الضمان على ذي السبب».

٤. رياض المسائل ٢: ٣٠٤.

٥. الأشباه والنظائر: ١٦٣.

واستثنى منها مسائل كان السبب فيها أقوى من المباشر ككونه مغروراً.

وقال السيوطي: إذا اجتمع السبب والغرور والمباشرة قدّمت المباشرة[١]، ثمّ نبّه على مسائل كان المباشر فيها ضعيفاً، فحكم بالضمان فيها على الغارّ أو المتسبّب.

إشكال

إنّ إطلاق الفقهاء السابق وما نصّ عليه بعضهم من إضافة الحكم إلى المباشر دون السبب حتى مع التساوي، يتنافى، والتعاليل ـ مارّة الذكر ـ في تقديم المباشر لرجحانه وقوّته.

وأُجيب عنه بأنّ المباشرة أقوى من السبب في حالة التساوي، فتقدّم، أو لكونها سبباً قريباً والسبب سبباً بعيداً.

جاء في الجواهر عن مجمع البرهان: من المعلوم عقلاً ونقلاً إسناد الفعل إلى القريب دون البعيد الذي هو سبب السبب، وله مدخلية ما في ذلك الشيء[٢].

ولكن مرجع الجواب المذكور وغيره من التعاليل إلى اندراج حالة التساوي هذه في تغلّب المباشرة، ومعه فلا يزال الإشكال قائماً، لأنّ مفروض السؤال: كيف تقدّم المباشرة مع التساوي بينها وبين السبب حقيقةً؟ وعليه فيشكل إضافة الحكم إلى المباشر دون السبب في فرض التساوي بينهما.

الرأي المختار

وإذا تعرّفنا على تعليلهم لتقديم المباشر في حالتي قوّته على السبب واعتداله معه، بأنّه أقوى منه أو أرجح، فواضح أنّ أمثال هذه التفاسير غير ناظرة إلى حالة الاعتدال والاستواء المفروضة. وإذا صحّ هذا، فيستفاد منه أنّ ما ذكروه من الإجماع

---

١. الأشباه والنظائر: ١٤٥.

٢. جواهر الكلام ٦: ٩٢.

أو عند الإطلاق على تقديم المباشر، يراد به حالة قوّته فقط دون تساويه مع السبب، وعندئذ ففي حالة الاعتدال يضاف الحكم إلى المباشر والمتسبّب وليس فيه مخالفة للإجماع، والدليل على عدم وجود الإجماع، تصريح بعض الفقهاء بإضافة الحكم إليهما عند التساوي، كالقرافي[١]، والشيخ محمد علي مفتي المالكيّة[٢]، وابن رجب[٣]، وعبد القادر عودة، وغيرهم[٤]، وتردّد بعضهم في الحكم مثل أحمد بن يحيى الزيدي[٥].

نعم؛ نقل بعض الإمامية الإجماع عليه، ولكن يبدو من بعضهم الآخر عدم تحقّقه لديهم بشكل باتّ[٦]، خاصّة وأنّ مثل السيد علي الطباطبائي ذكر مستند حكم المجمعين بقوله: «قالوا: لأنّه أقوى[٧]، فيكون هو الدليل دون الإجماع، مضافاً إلى ذلك أنّ حكمهم بالضمان على المباشر دون السبب في حال اجتماعهما، لم يجدوا فيه نصّاً حتى يكون عمومه معتبراً[٨] يشمل جميع الأفراد، على أنّ حالة التساوي في القوّة والأثر لدى اجتماع السبب والمباشر هي في الحقيقة أقرب إلى الناحية النظرية منها إلى الناحية العملية، لا لصعوبة تشخيصها وتحديد موضوعها وحسب، بل لندرتها أيضاً، وبه نفسّر عدم ذكر الفقهاء لهذه الحالة غالباً وإطلاقهم القول في تقديم

---

١. الفروق ٢: ٢٠٨.

٢. تهذيب الفروق ٢: ٢٠٦.

٣. القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٠٧.

٤. التشريع الجنائي الإسلامي ٢: ٤٧.

٥. قال: «وأمّا المباشر مع السبب المؤثّر فالحكم للأغلب منهما ـ إلى أن قال ـ: وإن استوى السبب والمباشرة، كالآمر المكره والمأمور المكره ففيه تردّد لأجل الاستواء». البحر الزخّار ٥: ٢١٦.

٦. لذا عبّر بعضهم عن الحكم المذكور بقوله: «بلا خلاف ظاهر» وقال آخر: «وكأنّه مجمع عليه» وتوقّف في الإجماع ثالث، وقد مرّ في ص ١٢٤ نصّ صاحب الرياض في ذلك.

٧. مرّ قوله في ص ١٢٤، وبمثل التعليل المذكور قال الشهيد الثاني كما مرّ.

٨. وهو ما نقله العاملي عن التنقيح في مفتاح الكرامة ١٠: ٣١٨.

المباشر على السبب ما لم يكن الأخير أقوى.

٣ ـ إذا كان السبب أقوى من المباشر قدّم السبب عند الاجتماع، وهذا المقياس مؤدّى أمثلتهم ومفاد عباراتهم، سواء أكانت بلفظ أقوى ـ كما صرّح به كثير منهم ـ أم لضعف المباشر، أم لم يمكن إحالة الضمان على المباشر، أم إنّ العلّة لا تصلح لإضافة الحكم إليها، أم غير ذلك من العبارات.

فمثلاً صرّح القرافي والشيخ محمد علي مفتي المالكية أنّ المباشرة لا تقدّم إذا كانت ضعيفةً، ويستفاد ممّا مثّلا به ومن بيان حكمه؛ أنّ المباشرة إذا كانت أضعف من السبب فالحكم يضاف إليه، وإن ساوته فهما في الحكم سواء[١].

ثم إنّ كون السبب أقوى، قد يتأتّى من جهل المباشر، أو عدم شعوره، أو سلب اختياره وإرادته، أو ما شاكل، وإن كان للفقهاء كلام في هذا.

مثلاً، لو وصف الطبيب سمّاً قاتلاً إلى مريض، وأعطاه الممرّض الجاهل بسمّيته للمريض فمات، فلا يضاف الحكم بالضمان إلى الممرّض، لجهله وإن كان مباشراً، بل يضاف إلى الطبيب.

ومن هذا القبيل شهادة الزور التي هي أقوى من حكم الحاكم أو من يقوم بتنفيذ حكمه، ومنه أيضاً من أجّج ناراً في غير ملكه فنشرت الريح النار فأحرقت مال آخر، أو حفر حفرةً في الطريق العامّ فوقع فيها إنسان، أو دفعه مجنون فأتلفه، فينسب الحكم في مثل هذه الحالات إلى ذي السبب لقوّته وضعف المباشر.

الرأي المختار

ومجمل القول فيه: إنّ الضوابط التي قرّروها ـ أمثال تقديم المباشر على المتسبّب، أو تقديم الأقوى منهما، أو أنّ المتسبّب لا يضمن إلّا بالتعدّي ـ إنّما هي

---

١. الفروق ٢: ٢٠٨، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٦.

لتشخيص الفاعل أو من ينسب إليه فعل الإتلاف ليكون الضمان في عهدته والغرم عليه. وإلّا فليس في أدلّة الضمان ما هو من قبيل هذه القيود. وإنّما استقطب الفقهاء معناها من الأدلّة وأفرغوا محتواه في قوالب لفظية. لذا نجدهم اختلفوا في تحديد معنى العلّة والشرط والسبب، كما اختلفوا في تطبيق تلك الضوابط على مصاديقها.

قال في الجواهر: إنّه ليس في شيء من النصوص جعل لفظ «السبب» و«العلّة» و«الشرط» عنواناً للحكم، فالاختلاف في تعريفها وتطويل الكلام في ذلك خالٍ عن الفائدة، وإنّما المدار على صدق نسبة الفعل وهو «قتل» ونحوه، أو نسبة المصدر وهو «القتل» وإن لم تتحقّق نسبة القتل كما في قتل النائم ونحوه، وعلى ما ثبت من الشرع به الضمان به من هذه المسمّاة بالشرائط عندهم أو الأسباب[١].

ومن مظاهر اختلافهم، أنّ من فتح وكاء[٢] ظرف فسال ما فيه، قيل عنه: إنه مباشر، وقيل: إنه متسبّب[٣]، كما اختلفوا في ضمان من فتح قفص طير فطار، ففريق منهم يضمّن الفاتح مطلقاً لنسبة الإتلاف إليه، وآخر يفرّق بين إهاجته الطائر وعدمها، وثالث لا يراه ضامناً[٤]؛ لاختيار الطير في الفرار، والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل[٥]، في حين أنّهم متّفقون على تضمين المباشر أو المتسبّب في الجملة[٦].

ويثار سؤال: إنّ العرف يدقّ عليه أحياناً تمييز المتلف، فلابدّ من التماس ضوابط يرجع إليها عند الحاجة، كما فعل العلماء.

---

١. جواهر الكلام ٦: ٦٤٢.

٢. وكاء: رباط القِربة وغيرها وكلّ ما شدّ رأسه من وعاء ونحوه.

٣. قواعد البجنوردي ٢: ٢٦ ـ ٣٢.

٤. بداية المجتهد ٢: ٣١١، ملتقى الأبحر ومجمع الأنهر ٢: ٣٧٠.

٥. الاختيار لتعليل المختار ٣: ٦٦.

٦. الفروق ٢: ٢٠٧، تهذيب الفروق ٢: ٢٠٤.

وجوابه: إنّ العلماء أنفسهم ـ وهم واضعو الضوابط ـ اختلفوا في تطبيقها على مصاديقها أحياناً، كما اختلفوا في تحديدها ـ كما سبق ـ لأنّهم أبناء العرف، فوجود الضوابط لا يحلّ نفس المشكلة وإن أعاننا على سرعة فهم كثير من الموارد والالتفات إليه، بل الإتلاف ينسب إلى من قام به لدى نظر العرف، سواء أسمى مباشراً أم متسبّباً، وإذا اختلفت الأنظار في تشخيص من ينسب إليه التلف، فحكم الحاكم يقطع النزاع بما يبدو له رجحانه ويمكن رجحانه أن نستفيد مما مرّ بعض الأحكام الآتية:

١ ـ إنّ المباشر ضامن وإن لم يعلم بترتّب التلف على فعله، لأنّ قاعدة الإتلاف «من أتلف مال غيره فهو له ضامن» مطلقة لم يؤخذ في موضوعها العلم، لذا ضمّنوا النائم المتلف لمال غيره.

٢ ـ الضمان على المتسبّب في حالة قوّته وتغلّبه، كما لو كان المباشر مثل الريح أو المجنون، أو كان عاقلاً مختاراً في فعله ولم يعلم بترتّب التلف عليه كالمغرور، أو كان مكرهاً ـ في غير الدماء ـ؛ لسلب الاختيار منه وصيرورته كالآلة، وما ذلك إلّا لنسبة التلف عند العرف إلى مثل الغارّ والمكره، فمن أمر جنوده بهدم دار يقال عنه: إنّ الآمر هدمها، ولهذا الاعتبار حكم بعض الفقهاء ببطلان عقود المكره.

الباب الثاني

مجالات الضمان في العقود

ويشتمل على:

١. تمهيد: محلّ الضمان

٢. القسم الأوّل: مجالات الضمان في العقود الأصليّة

٣. القسم الثاني: مجالات الضمان في العقود التبعية

تمهيد

تحديد محلّ الضمان

ذكرنا في المحل السبب في قصر الرسالة على الضمان بما يرجع إلى التعهّد بمال وحسب، خاصّة وبعض اللغويّين يرى اختصاصه به، ولأهمّية معرفة المال في موضوع الضمان فموضوع الرسالة يتطلّب التعريف بما يضمّن ومتى، لما يبتني على اختلاف تعريف المال من اختلاف في الحكم بالضمان، اقتضانا أن تفيض بالتحدّث عن مدلوله وبعض ما يتّصل بذلك المدلول.

المال في اللغة

وهو ـ كما في القاموس ـ: ما ملكته من كلّ شيء[1]. وفي مجمع البحرين: أنّ المال في الأصل الملك من الذهب والفضّة، ثم أُطلق على كلّ ما يقتنى ويملك من الأعيان[2].

المال في الكتاب والسنّة

وقد ورد المال في القرآن الكريم في أكثر من تسعين موضعاً، وأكثر منه في السنّة النبوية[3]، قال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[4].

---

١. القاموس المحيط: باب اللام فصل الميم.

٢. مجمع البحرين: كتاب اللام باب ما أوّله الميم، وانظر تاج العروس.

٣. المدخل لشبلي: ١٦٤.

٤. الكهف: ٤٦.

ومن السنّة النبوية ما روي من أنّ رجلاً أتى النبيّ ﷺ فقال أيّ الناس أفضل؟ فقال: «**رجل يجاهد في سبيل الله بماله ونفسه**»[١]. وعن الصادق عليه السلام: «**فأيّ محق أمحق من درهم ربا؟ يمحق[٢] الدين فإن تاب منه ذهب ماله وافتقر**»[٣].

ولم يثبت الشارع للمال حقيقةً تختصّ به، كما أثبتها للصلاة والزكاة وما شاكل، بل استعملها في مدلولها اللغويّ.

المال في تعريف الفقهاء

وتبعاً لما تقدّم جاءت تحديدات الفقهاء له مختلفةً أيضاً أمثال:

١ ـ كلّ ما يمكن تملّكه وادّخاره لوقت الحاجة[٤].

٢ ـ كلّ ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد، وقريب منه ما ذكره محمد مصطفى شلبي[٥].

٣ ـ ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة[٦].

٤ ـ حقيقة اعتبارية ينتزعها العقلاء من الموجودات الخارجية التي تتقوّم بها معايشهم وتسدّ بها حاجاتهم الضرورية والكمالية[٧].

---

١. صحيح مسلم ٢: ١٥٠.

٢. محقه: أبطله ومحاه.... والمحق: النقصان وذهاب البركة.

٣. من لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٦.

٤. المدخل لمدكور: ٤٧٤.

٥. أحكام المعاملات لعلي الخفيف: ٢٧، المدخل لشلبي: ١٦٤، المدخل لزيدان: ٢١٦.

٦. ردّ المحتار لابن عابدين ٤: ٣ وقال: وفي البحر: المال اسم لغير الآدمي خلق لصالح الآدميّ وأمكن إحرازه والتصرّف فيه على وجه لاختيار. والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنّه ليس بمال حقيقةً حتى لا يجوز قتله وإهلاكه.

٧. تحرير المجلّة ١: ٨.

مناقشة التعاريف

١ ـ إنّها شرح لمدلول المال، ووجهات نظر فيما استفاده الفقهاء من مفهومه، لعدم تحديد المال في اللغة تحديداً فنّياً، وعدم ثبوت الحقيقة الشرعية له. فلا تصلح تلك التعاريف دليلاً على اختصاص المال بمحتواها وإلّا لما اختلفوا في تعريفه.

٢ ـ نصّ بعض الكتّاب على أنّها تعاريف لما تبنّاه الشارع من الأموال ثم قسّموه إلى متقوّم وغير متقوّم.

ويبدو هنا لون من التداخل بين التقسيم المذكور وتلكم التعاريف، فالصحيح إمّا أن يعرّفوه بما يراه الشارع فلا حاجة إلى هذا التقسيم، أو يعرّفوه بما يراه الناس في معناه، وبعده يصحّ لهم التقسيم المذكور ليخرجوا ما لم يعتبره الشارع مناطاً في أحكام المعاملات ومحلّ العقد.

على أنّ ذلك التقسيم جاء نتيجة اختلاف نظرة الفقهاء إليه، يقول مدكور: وبهذا نتبيّن أنّ المال قد يكون متقوّماً وغير متقوّم في آنٍ واحد تبعاً لمالكه وحكم الشرع. وتعريف الفقهاء للمال هو الذي أوجد هذين القسمين[١].

٣ ـ لا وجه لتخصيص المال بالأعيان ـ كما يبدو ـ تبعاً لبعض اللغويّين كصاحب تاج العروس ومجمع البحرين، بل المال يشمل الأعيان والمنافع معاً كما سيأتي. وإنّ من الكتّاب من تبنّى مالية المنافع ومعه اختار بعض التعاريف التي تحصره بالأعيان.

٤ ـ إنّ من الأموال ما لا يمكن ادّخاره لوقت الحاجة على نحو تبقى معه منفعته كالخضروات[٢]، وكالنقود لو أسقطت الدولة اعتبارها، أو عدم قابليته للادّخار كالأرض والدور.

---

١. المدخل للفقه الإسلامي: ٤٧٦ ـ ٤٧٧.

٢. المدخل لزيدان: ٢١٦.

وإذا كان المقصود هو ادّخار كل شيء بما يناسبه من الاستيلاء والتصرّف وقت الحاجة، فللمنافع ما يناسبها بهذا المعنى.

٥ ـ إنّ من الأشياء ما تعافه النفس ولا يميل إليه الطبع، كالأدوية[١] والشاي، وبعض الزيوت، ومعه فهي تعدّ أموالاً.

٦ ـ قيّد بعضهم كون المال مشروع الانتفاع به حال السعة والاختيار لا وقت الضرورة والإكراه[٢]. وما لا يجوز استعماله حال السعة والاختيار فليس بمال، كالخنزير وغير المذكّى.

ويرد عليه أنّ حرمة الشيء والمنع من استعماله لا يخرجه عن ماهيته وأنّ جواز استعماله عند الضرورة معناه رفع الحظر عنه مع بقاء حقيقته. فحرمة أخذ مال الآخرين لا يخرجه عن المالية، وأنّ رفع الحظر عنه وقت الضرورة، وكذا مال المحجور عليه، فإنّ عدم جواز الانتفاع به أو التصرّف فيه على وجه الاختيار لا يخرجه عن كونه مالاً؛ مضافاً إلى ذلك أنّهم قالوا: ليس للمال حقيقة شرعية، لأنّ الشارع تركه من غير تحديد لمعناه[٣]. فالتقييد المذكور لا دليل عليه. ومع ما ذكر من مناقشة في التعاليل المذكورة والقيود، يمكن القول بأنّ الفقهاء إنّما ذكروا أمثال تلك التعاريف لتقريب معنى المال إلى الأذهان بما هو مألوف لديها، فلو أنّ ما ذكروه من قيود على أنّها احترازية كما فهمه بعض الكتّاب، فتعاريفهم غير مطّردة ولا منعكسة.

المنافع والحقوق

اتّفق الفقهاء في أنّ الحقوق التي لا علاقة لها بالمال لا تعتبر أموالاً، كحقّ

---

١. المصدر السابق.

٢. المدخل للفقه الإسلامي لمدكور: ٤٧٥.

٣. المدخل لشلبي: ١٦٤.

الولاية، وحقّ الزوج على زوجته، وحقّ الحضانة[١]... واتّفقوا أيضاً على مالية المنافع المادّية ـ أي الغلّات ـ كثمرة الشجرة، ولبن الدابّة[٢].

واختلفوا في ما عدا ذلك في الحقوق المتعلّقة بالمال وبقيّة المنافع على رأيين:

١ ـ المنع من كونها أموالاً، وإليه ذهب الحنفيّة وقسم من الإمامية[٣].

٢ ـ اعتبارها أموالاً، وإليه ذهب جمهور الفقهاء[٤].

ثمرة الخلاف

والخلاف المذكور يظهر أثره في مسائل من الغصب والإجارة والميراث[٥]، وهذا ـ يعني أنّ منافع المغصوب ـ غير مضمونة عند الحنفية ومضمونة عند غيرهم[٦]، فمن غصب دار شخص وانتفع بها مدّةً ثم ردّها لصاحبها لا يكون ضامناً لقيمة منافعها عند الحنفية. وكذا لو استأجر داراً ومات قبل انتهاء مدّة الإجارة، فالعقد ينتهي؛ لأنّ المنفعة معدومة، فإذا وجدت تحدث شيئاً فشيئاً فلا تبقى بدون العاقد فلا تورّث.

واستثنى الحنفية من قاعدتهم هذه ما قاله ابن نجيم: منافع الغصب لا تضمن إلّا في ثلاث: مال اليتيم، ومال الوقف، والمعدّ للاستغلال[٧].

---

١. مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ٧٩، المدخل لشلبي: ١٦٦.

٢. المدخل لمدكور: ٤٨١.

٣. ردّ المحتار ٤: ٣، جامع الفصولين ٢: ٩٢، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ١: ٢٢٠.

٤. المدخل لمدكور: ٤٨١.

٥. الاختيار لتعليل المختار ٢: ٦١ و٣: ٦٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٨٤، الهداية ٣: ٢٥٠، مجمع الأنهر ٢: ٣٦٨.

٦. الخلاف للشيخ الطوسي ٢: ١٧٠، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور: ٤٨١.

٧. الأشباه والنظائر: ٢٨٤، وانظر: جامع الفصولين ١: ٢٣٢، الفتاوى الأنقروية ٢: ٢٩٣.

دليل عدم مالية المنافع

ومجمل دليل القائلين بعدم مالية المنافع هو: أنّ المال ما يمكن حيازته وادّخاره، والمنافع لا يمكن حيازتها وإحرازها لوقت الحاجة، بل هي أعراض توجد شيئاً فشيئاً، وعليه فليست المنافع بمال. وقالوا أيضاً: مع أنّها لم تكن مالاً بذاتها إلّا أنّها تصير مالاً بالعقد استحساناً كالإجارة، لورود النصوص الشرعية بذلك وجريان العرف به[١].

وتظهر مناقشة المانعين من كون المنافع أموالاً، من الأدلّة القادمة على ماليّتها.

أدلّة مالية المنافع

وتتلخّص أدلّة جمهور الفقهاء على مالية المنافع بما يأتي:[٢]

١ ـ إنّ المال مخلوق لصالح الإنسان، فكذا المنافع.

٢ ـ إنّ حيازة المنفعة ممكنة بحيازة أصلها.

٣ ـ إنّ المنافع هي المقصودة بالذات من الأعيان ولولاها لما صارت الأعيان أموالاً.

٤ ـ إنّ العقود ترد على المنافع فتكون عوضاً وتصير مضمونةً، وآية هذا كونها مالاً، وإلّا لما صارت مالاً بالعقد؛ لأنّ العقود لا تقلب حقائق الأشياء بل تقرّر خصائصها.

٥ ـ جواز أن تكون المنافع مهراً كالتعليم، والمهر لا يكون إلّا مالاً بدليل قوله

---

١. تبيين الحقائق للزيلعي ٥: ٢٣٤ ط ١ سنة ١٣١٥ هـ الهداية ٣: ٢٣١، درر الحكّام في شرح غرر الأحكام: ٢٢٦ و ٢٣٠، وانظر المدخل لزيدان: ٢١٩، المدخل لشلبي: ١٦٦.

٢. انظر هذه الأدلّة: مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ٧٩ و ١٠٤، هداية الطالب ١: ١٤٨ ـ ٢٢٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٥: ٢٣٣.

تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾[1]، فالمنافع إذن أموال.

مناقشة

وأقوى ما في الأدلّة السابقة على ماليّة المنافع، هو الثالث والرابع منها، وما أوردوه من بقية الأدلّة فللمناقشة فيه مجال:

١ ـ كون المخلوقات لصالح الإنسان لا يقصرها على المالية. فالنجوم ليست بمال، وقد جعلها الله لصالح الإنسان بدليل قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُواْ بِهَا فِي ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾[2].

٢ ـ صحيح أنّ حيازة المنفعة بحيازة أصلها، غير أنّ حيازة الشيء لا تدلّ بذاتها على ماليته.

٣ ـ لا دلالة في الآية على حصر المهر بالمال، فكلّ ما دلت عليه الآية صحّة كون المهر مالاً، وأمّا صحة كونه منفعةً كالتعليم فلا يدلّ على ماليته، بل يدلّ على صحته كما لو كان مالاً.

الرأي المختار في مدلول كلمة «المال»:

المقصود بالمال ما رغبه العقلاء وتنافسوا عليه، فجعلوه محلّاً لمعاملاتهم، وطلبوه في تدبير حياتهم المعاشية وقضاء حوائجهم الضرورية والكمالية. ومنه يتبيّن أنّ مدار مالية المال ـ والنصّ للأستاذ الحكيم ـ: هو الصفة الباعثة على تنافس العقلاء.

فنجد مثلاً أنّ منشأ التنافس على الأعيان غالباً هو منفعتها، لذا ترتفع قيمتها

---

١. النساء: ٢٤.

٢. الأنعام: ٩٧.

وتنخفض تبعاً لسعة عطائها من المنافع، لأنّها المقصودة بالذات من الأعيان.

ثم إنّ المال بالنسبة لماليته يمكن أن يتصوّر على نحوين:

أحدهما: أن تكون ماليته ذاتيةً من دون جعل جاعل، كما في ذات الطعام والشراب.

وثانيهما: أن تكون ماليّته عارضةً عليه بالاعتبار والجعل، لا فرق بين أن تشترك في هذا الجعل عامّة الناس وفي كلّ عصر، كما هو الحال في اعتبارهم مالية الذهب والفضّة، أو أن يكون الجعل صادراً من جهة خاصّة كالدولة في اعتبارها مالية الأوراق النقدية كالدينار.

والمال كما قد يكون مستقلّاً بذاته ويشغل حيّزاً من قبيل القلم والمنضدة، قد يكون أيضاً من قبيل العوارض، كركوب السيّارة وسكنى الدار ممّا يسمّى بالمنافع، بتقريب أنّ الجهة الموجبة للتنافس على المنفعة هي سدّ الحاجة أو إشباع الرغبة مثلاً.

المال والمالية

وفرّق بعضهم بين المال والمالية، لذا ذهب إلى إمكان إتلاف المالية وبقاء المال. وقد قلنا فيه[١] بعدم إمكان سلخ صفات الماهية مع بقائها، فلا يعقل أن يبقى الإنسان إنساناً مع تجريده من إنسانيته.

ولعلّ وجه التفرقة بين المال والمالية ـ فيما يراه هذا البعض من العلماء ـ هو أنّ المراد بالمالية ذات المنفعة أو الجهة المقصودة من العين، وبما أنّ وجود المنافع يتقوّم بمصادر عينية، لذا يطلق المال على الأعيان من حيث كونها مصادر المنافع.

وعليه، فإطلاق المال والمالية للتفرقة بين المنفعة ومصدرها، وبه نفسّر إطلاق

---

١. تقدّم في: ٨٨.

بعض اللغويين المال على الأعيان، أو لعلّ سبب الإطلاق هو بيان الفرد الغالب كما يقول التوحيدي[١].

لذا، فإن عدمت ذاتية العين من المنفعة مطلقاً لم تصبح مالاً في الواقع، وكذا لا يقال لها مال في اعتبار معتبرها، كما لو سلب الشارع منفعتها تشريعاً كالحيوان الميّت، ومثله ما لو أسقطت الدولة ما اعتبرته من قيمة أوراقها النقدية وإن كان لها قيمة في نظر البعض الآخر، كهواة[٢] جمع النقود أو المتاحف[٣].

وإذن فيمكن القول بأنّ المال هو ما تنافس عليه العقلاء مما يمكن تملّكه. ولعلّ أقرب ما يعرف به المال بنظر الشارع هو ما اعتبر فيه وجود منافع محلّلة، ويمكن جعله محلّاً للتعاقد والمعاملات، وما لم يحلّله لذاته كالخمر والخنزير فليس بمال في اعتباره.

وإذ انتهى الحديث عن التعريف بمحلّ الضمان، يقع الكلام عن الضمان الإنشائي بقسميه ـ كما سبق ذكرهما في المدخل ـ وهما:

١ ـ الضمان في العقود الأصليّة.

٢ ـ الضمان في العقود التبعيّة.

---

١. مصباح الفقاهة ٢: ٤.

٢. الهواة: الطالبون.

٣. جمع متحف: مركز اتّخذ لحفظ الأشياء الثمينة والعتيقة.

القسم الأوّل

مجالات الضمان في العقود الأصليّة

ويشتمل على فصلين:

الأوّل: العقود المضمّنة بالالتزام العقديّ

الثاني: العقود المضمّنة بالشرط

الفصل الأوّل
العقود المضمّنة بالالتزام العقديّ

إنّ جملةً من العقود بطبيعتها يقع فيها الضمان وإن لم يصرّح بـاشتراطـه وذلك كالبيع والإجارة، لأنّ سبب الضمان وملاكه في مثل هذه العقود هو إقدام المتعاقدين والتزامهما على أن يكون كلّ من العوضين مضموناً لا على نحو المجّانيّة، وهو ما جرت عليه السيرة العقلائية الممضاة من الشارع.

وتبعاً لما ذكروه من تقسيم العقود إلى صحيحة وباطلة[1] يقع الحديث فيها فـي مبحثين:

أوّلاً: الضمان في العقد الفاسد.

---

١. العناصر الجوهرية التي لابدّ من تحقّقها كيما يكون العقد صحيحاً هـي ثـلاثة: ١ ـ صـيغة العـقد. ٢ ـ العاقدان. ٣ ـ المعقود عليه، فإذا تمّ للعقد عناصره مستوفياً لشرائطه، ويجمعها أنّها عناصر سبعة، كان العقد صحيحاً وهذه العناصر هي: ١ ـ تطابق الإيجاب والقبول. ٢ ـ اتّحاد المجلس. ٣ ـ تعدّد العاقد. ٤ ـ العقل أو التميـيز. ٥ ـ محلّ مقدور التسليم. ٦ ـ محلّ معيّن أو قابل للتعيين. ٧ ـ محلّ صالح للتعامل أي متقوّم. ومتى ما تخلّف عنها عنصر، فإنّ العقد لا ينعقد ويكون عقداً باطلاً. مـصادر الحـقّ ٤: ١٢٦، والعقد الباطل والفاسد بمعنى واحد، خلافاً للحنفية، فقد يميّزون بينهما، يقول ابـن نـجيم: «البـاطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك... وأمّا في البيع فمتباينان. فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، وفاسده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه» الأشباه والنظائر: ٣٣٧.

ثانياً: الضمان في العقد الصحيح. ويقع البحث فيه:

١ ـ قبل البقض.

٢ ـ بعد القبض.

وهو في هذه الحالة الأخيرة منهما قد يوجد معه خيار وقد لا يوجد، وفي حالة لزومه قد يعتوره الفسخ أو الانفساخ.

المبحث الأوّل
الضمان في العقد الفاسد

العقد الفاسد لا وجود له شرعاً ولا ينتج أثره كعقد، فليس لأحد المتعاقدين فيه إلزام الآخر بتنفيذ ما اشتمل عليه.

وعليه فالبحث عن ضمان العقد الفاسد لا معنى له قبل القبض، وإنّما يتّجه البحث فيه إذا ما قبض المعقود عليه وكان محلّاً للتعاقد شرعاً. أمّا مثل الخمر والدم والخنزير مما أسقط الشارع تقوّمه في حقّ المسلم، فهو كما يقول في البدائع: لو انعقد، إمّا أن ينعقد بالمسمّى وإمّا أن ينعقد بالقيمة، لا سبيل إلى الأوّل؛ لأنّ التسمية لم تصحّ، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنّه لا قيمة له؛ إذ التقويم ينبئ عن العزّة، والشرع أهان المسمّى على المسلم، فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له؟ وإذا لم ينعقد يبطل ضرورةً[1].

وإذن فموضوع الحديث ما لو كان المقبوض ممّا يصحّ العقد عليه وتسلّمه أحد المتعاقدين، فإنّ ذلك لا يمنع مالكه من استرداده؛ لأنّ ملكيته لم تنتقل للطرف الثاني.

وللفقهاء اتّجاهان في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وعدمه خاصّة لدى الحنفية.

---

١. بدائع الصنائع ٥: ٣٠٥.

أحدهما: عدم الضمان، فالمقبوض إذا هلك فمن نصيب البائع؛ لأنّ المشتري قبضه بإذن مالكه، فيده يد أمانة.

ثانيهما: الضمان، فالبائع وإن أذن للمشتري في قبضه لكن ذلك لا على نحو الأمانة، وقبض المشتري للمبيع إنّما كان بقصد تحقيق مصلحة له.

والضمان هو المعروف لدى الإمامية[١]، والزيدية[٢]، وهو مذهب المالكية[٣]، وأحد الرأيين لدى الحنفية[٤]، وبه قالت الشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، والظاهرية[٧].

أمّا عدم الضمان، فبه قال الإمام يحيى من الزيدية[٨]، وهو القول الآخر للحنفية[٩].

جاء في الدرّ المختار: والبيع الباطل حكمه عدم ملك المشتري إيّاه إذا قبضه، فلا ضمان لو هلك المبيع عنده، لأنّه أمانة وصحّح في القنية ضمانه، قيل: وعليه الفتوى[١٠].

وكشف ابن عابدين هذين الاتّجاهين وأدلّتهما في تعقيبه على الدرّ المختار يقول: قوله: لأنّه أمانة، وذلك لأنّ العقد إذا بطل بقي مجرّد القبض بإذن المالك، وهو لا يوجب الضمان إلّا بالتعدّي.

---

١. مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ١٠١.

٢. شرح الأزهار ٣: ١٤٢.

٣. مواهب الجليل والتاج والإكليل ٤: ٣٨٠.

٤. الهداية ٣: ٤٢، الدرّ المختار ٤: ١١٦.

٥. المجموع شرح المهذّب ٩: ٤١٢.

٦. المغني ٤: ٢٠٦، قواعد ابن رجب: ٦٧.

٧. المحلّى بالآثار ٨: ٤٢١.

٨. البحر الزخّار ٣: ٣٨٤.

٩. الدرّ المختار ٤: ١١٦.

١٠. المصدر السابق.

درر. قوله: وصحّح في القنية ضمانه إلى آخره، قال في الدرر: وقيل: يكون مضموناً؛ لأنّه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو أن يسمّي الثمن فيقول: أذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر، أمّا إذا لم يسمّه فذهب به فهلك عنده لا يضمن، نصّ عليه الفقيه أبو الليث، قيل: وعليه الفتوى، كذا في العناية إلى آخره.. لكن في النهر: واختار السرخسي وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة؛ لأنّه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة، وفي القنية: أنّه الصحيح؛ لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب، وقيل: الأوّل قول أبي حنيفة، والثاني قولهما[١].

التصرّف في المقبوض بعقد فاسد وشكل ضمانه

يكاد الفقهاء يتّفقون ـ كما رأينا ـ في ضمان العين المقبوضة بالعقد الفاسد؛ إلّا أنّهم اختلفوا في ملك المقبوض وصحّة التصرّف فيه، وفي شكل الضمان من حيث ردّ العين أو أداء الثمن المسمّى أو أداء قيمته الواقعية من المثل أو القيمة.

فالمجمع عليه لدى الإمامية[٢] والمعروف في مذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] أنّ المبيع بالبيع الفاسد لا يملكه المشتري بالقبض ولا ينفذ تصرّفه فيه ببيع أو هبة أو غيرها، وعندئذ فيجب ردّ العين لو كانت موجودةً وأداء مثلها أو قيمتها لو تلفت.

---

١. ردّ المحتار على الدرّ المختار ٤: ١١٦ـ ١١٧.

٢. تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥.

٣. المجموع شرح المهذّب ٩: ٤١٢.

٤. المغني ٤: ٢٠٥، كشّاف القناع ٣: ٢٤٥.

٥. المحلّى بالآثار ٨: ٤٢١.

أمّا القسم الآخر من الفقهاء فلهم تفصيل في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، يبتني على ما فرّقوا به بين العقد الباطل والعقد الفاسد كما هو الشأن لدى الزيدية، والحنفية، أو على ضميمة الفوات كما يقول مالك. وسيأتي تفصيل ذلك.

أدلّة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وعدم ملكيّته

وقد استدلّ القائلون بعدم ملكية المقبوض بالعقد الفاسد مع كونه مضموناً بأدلّة منها:

١ ـ عدم وجود سبب موجب للملكية، يقول الشيخ الأنصاري: أمّا عدم الملك فلأنّه مقتضى فرض الفساد[١]، ونظيره ما قاله ابن قدامة من أنّه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه[٢]. وعليه فتكون ملكية المقبوض بالعقد الفاسد أكلاً للمال بالباطل، فقد استدلّ عليه العلّامة الحلّي في تذكرة الفقهاء[٣] بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[٤].

٢ ـ سئل الإمام الصادق عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجارية، فقال: «يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أُخذت منه»[٥].

٣ ـ واستدلّوا على الضمان بما سبق أن عرضناه من أدلّة قاعدة «على اليد»، فإنّ أدلّة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هي نفس أدلّة القاعدة المذكورة.

---

١. المكاسب ١: ١٠١.

٢. المغني ٤: ٢٠٦.

٣. تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥.

٤. البقرة: ١٨٨.

٥. الوافي ١٠: ١٠١.

مذهب المالكية

يرى المذهب المالكي أنّ قبض العين وحده في العقد الفاسد موجب لردّها، وأنّ القبض مع ضميمة الفوات موجب للملك والضمان معاً، كما لو فاتت العين بإحداث عقد فيها أو نقصان أو تغيّر سوق، إلّا أنّ الضمان إذا فات المبيع فاسداً قد يكون بالثمن المسمّى وقد يكون بالمثل أو القيمة؛ ذلك أنّ المذهب المالكي يميّز في البيع الفاسد بين البيع المحرّم والمكروه، فالمحرّم إذا فات مضى بالمثل أو القيمة، أمّا المكروه فهو إذا فات ينقلب صحيحاً، وربما انقلب صحيحاً بالقبض أيضاً لخفّة الكراهة عند مالك[1]. وذلك ـ يعني أنّ المبيع في هذه الحال ـ مضمون بالثمن المسمّى، قال في الشرح الكبير للدردير: فإن فات المبيع فاسداً بيد المشتري مضى المختلف فيه ـ ولو خارج المذهب ـ بالثمن الذي وقع به البيع، وإلّا يكن مختلفاً فيه بل متّفقاً على فساده، ضمن المشتري قيمته إذاكان مقوّماً حينئذ ـ أي حين القبض ـ وضمن مثل المثلي[2].

ويكفي فيمناقشة المذهب المالكي ما استدلّ به آنفاً القائلون بعدم ملكية المقبوض بالعقد الفاسد مع كونه مضموناً.

مذهب الزيدية والحنفية

أمّا الزيدية والحنفية فحيث فرّقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فصحّة التصرّف في العين وضمانها وعدمهما يختلفان باختلاف هذا العقد أو ذاك، ففي العقد

---

١. بداية المجتهد ٢: ١٩٢، وجاء في مختصر خليل ٤: ٣٨٠ ـ ٣٨١ قوله: وإنّما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض، وردّ ولا غلّة، وإن فات مضى المختلف فيه، وإلّا ضمن قيمته حينئذ ومثّل المثلي. وقال في التاج والإكليل ٤: ٣٨١: قال ابن القاسم: كلّ بيع انعقد فاسداً فضمان السلعة فيه من البائع حتى يقبضها المشتري، وكلّ ما كان من حرام بيّن ففسخ فعلى المبتاع ردّ السلعة بعينها، فإن فاتت بيده ردّ القيمة فيما له قيمة والمثل فيما له مثل...

٢. الشرح الكبير للدردير ٣: ٧٠ ـ ٧١.

الباطل منهما، ذهب الحنفية ومعهم الزيدية ـ في أكثر الأحكام ـ إلى عدم صحّة تصرّف المشتري بالعين؛ وإلى أنّها مضمونة، بمعنى وجوب ردّها ما دامت قائمة[١]، وعند التلف يؤدّي المشتري مثلها أو قيمتها، وفي قول آخر للحنفية[٢] والإمام يحيى الزيدي[٣] هو أنّ العين أمانة لا تضمن من دون تعدّ أو تفريط.

أمّا العقد الفاسد فيرون الزيدية والحنفية أنّ العين تملك بالقبض وينفذ التصرّف فيها إلّا ما خصّه دليل، لكن إذا كانت بيد المشتري وفسخ البائع فهي مردودة، أمّا إذا باعها المشتري أو وهبها أو ما شاكل من بقيّة التصرّفات فتصرّفه صحيح وعليه المثل أو القيمة[٤].

ويكفي في الردّ على القول الثاني للحنفية ويحيى الزيدي ـ وهو أنّ المقبوض بالعقد الباطل أمانة ـ أن نقول: إنّ المقبوض بالعقد الباطل وإن أذن فيه المالك بالقبض ولكنّه ليس بأمانة؛ لعدم الملازمة بينهما، فليس كلّ ما كان مأذوناً في قبضه كان أمانةً، وحيث إنّ العقد قد بطل فلم ينتقل كل من العوضين للمتعاقد الآخر، ويكون مضموناً عليه لقاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

وأمّا رأيهم في المقبوض بالعقد الفاسد وكونه مملّكاً ـ كما أشرنا إليه آنفاً ـ فالكلام عنه وعن أدلّته ومناقشتها في الحديث القادم.

---

١. إلّا إذا فقد ذكر العقد، فالمذهب لدى الزيدية أنّ ذلك معاطاة لا توجب التمليك بل إباحة العوض، فيصحّ كلّ تصرّف غالباً. انظر: شرح الأزهار ٣: ١٤٢ـ١٤٣.

٢. الهداية ٣: ٤٢، ردّ المحتار ٤: ١١٦.

٣. البحر الزخّار ٣: ٣٨٤.

٤. الهداية: ٥١ ـ ٥٢، الاختيار لتعليل المختار ٢: ٢٢، شرح الأزهار ٣: ١٤٥ و١٤٨، البحر الزخّار ٣: ٣٨٠.

أدلّة الزيدية والحنفية

واستدلّ الزيدية والحنفية على صحّة التصرّف بالمقبوض بالعقد الفاسد ونفوذه بما يأتي:

١ ـ حديث بريرة[١]. ذلك أنّ عائشة اشترت بريرة واشترطت لمواليها الولاء، فقبضتها وأعتقتها، فأجاز الرسول العتق. وهذا يعني أنّ عائشة ملكت بريرة، لذا جاز عتقها، مع أنّ العقد فاسد بفساد الشرط[٢]. وأُجيب عن الاستدلال بما هو آتٍ:

أ ـ إنّ حديث بريرة إنّما يدلّ على صحّة العقد لا على ما ذكروه[٣]. وهو كون العقد الفاسد مملّكاً.

ب ـ يحتمل كون الشرط وقع قبل العقد أو بعد تمامه، فلا يلتزم به[٤].

ج ـ إنّ معنى قول الرسول ﷺ لعائشة: «خذيها واشترطي لهم الولاء» هو بمعنى اشترطي عليهم، فإنّ اللام تأتي بمعنى «على» كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾[٥]

---

١. قال في بلوغ المرام ٣: ١٠: وعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: جاءتني بريرة فقالت: إنّي كاتبت أهلي على تسع أواقٍ، في كل عامٍ أوقيّة، فأعينيني. فقلت: إن أحبّ أهلك أن أعدّها لهم ويكون ولاؤك لي، فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت: إنّي قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلّا أن يكون لهم الولاء، فسمع النبيّ ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: «خذيها واشرطي لهم الولاء، فإنّما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام النبيّ ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أمّا بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحقّ وشرط الله أوثق، وإنّما الولاء لمن أعتق». متّفق عليه، واللفظ للبخاري، وعند مسلم قال: «اشتريها واعتقيها واشترطي لهم الولاء».

٢. الاختيار لتعليل المختار ٢: ٢٢، البحرالزخّار ٣: ٣٨٠.

٣. المغني ٤: ٢٠٦.

٤. تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥، المجموع ٩: ٤٢١، المغني ٤: ٢٠٦.

٥. الإسراء: ٧.

وهو منقول عن الشافعي[١]، واحتمله المزني[٢].

د ـ يقول ابن قدامة: ليس في الحديث أنّ عائشة اشترتها بهذا الشرط، بل الظاهر أنّ أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبيّ ﷺ هذا الشرط تركوه[٣].

وربما كان للمناقشة مجال في هذه الإجابات عدا الأوّل منها، فإنّه قويّ، لدلالة الحديث على صحة العقد وعدم الالتزام بالشرط المخالف لكتاب الله تعالى، وهو غير ما ذكروه من أنّ العقد فاسد ومملّك.

٢ ـ واستدلّ المرغيناني بقوله: ولنا أنّ ركن البيع صدر من أهله، مضافاً إلى محلّه، فوجب القبول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلّية، وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام[٤].

ونظيره ما استدلّ به ابن مودود الموصلي وغيره من الحنفية[٥].

وجاء في البحر الزخّار عن الإمام يحيى بن حمزة الموسويّ: أنّه عقد فيه تسليط في عين يصحّ تملّكها بالعقد، فصحّ أن يتبعها الملك، لقوله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾[٦].[٧]

والمستفاد من النصوص السابقة في وجه الاستدلال هو أنّهم قاسوا البيع الفاسد على البيع الصحيح، ذلك أنّ ركن التمليك وما ينبغي توفّره لانعقاد العقد الصحيح، هو

---

١. المجموع شرح المهذّب ٩: ٤٢١.

٢. مختصر المزني: ٣٢٨.

٣. المغني ٤: ٢٠٦، وانظر سبل السلام ٣: ١١.

٤. الهداية ٣: ٥١.

٥. الاختيار لتعليل المختار ٢: ٢٢، مجمع الأنهر ٢: ٤٩.

٦. النساء: ٢٩.

٧. البحر الزخّار ٣: ٣٨١.

صدوره عن متعاقدين مضافاً إلى محلّ العقد وهو المال عن ولاية، وهذه الأُمور نجدها متوفّرةً فيالعقد الفاسد، فينبغي أن يكون مملّكاً كما هو الحال في العقد الصحيح.

مناقشة الاستدلال

إنّ ما استدلّوا به لا يسلم من جملة مناقشات، أهمّها ما ذكره العلّامة الحلّي بقوله: والبيع الصحيح لا يملك فيه بالقبض ويملك عليه فيه المسمّى، بخلاف المتنازع، ومع الفرق يبطل القياس[١].

وإذن فما ذكروه من القياس لا يصحّ، لأنّه قياس مع الفارق من جهتين:

الأُولى: إنّ المشتري يملك المبيع في العقد الصحيح بنفس العقد لا بالقبض.

الثانية: إنّ المشتري في العقد الصحيح إنّما يملك عليه الثمن المسمّى بخلافه في العقد الفاسد، فإنه إذا قبض المبيع فيه فعليه قيمته الواقعيّة.

خلاصة آراء الفقهاء

من كلّ ما تقدّم يتبيّن أنّ العقد الباطل أو هو والعقد الفاسد ـ عند من يفرّق بينهما ـ سواء لدى أكثر الفقهاء من حيث ضمان المشتري للمعقود عليه.

أمّا شكل الضمان في حالة ضمان العين فعلى القابض ردّها أو أداء مثلها أو قيمتها، تبعاً لوجود العين أو هلاكها، وتبعاً لاختلافهم في صحّة التصرّف وعدمه، نعم تكون العين مضمونةً بالثمن المسمّى على رأي مالك فيما إذا فاتت العين بالبيع المكروه.

الرأي المختار

إنّ القبض والإقباض في المعاملة الفاسدة، إنّما يجري على نحو أن يكون أحد العوضين بإزاء الآخر، ومجرّد الإذن في القبض لا يكفي في كونه أمانةً، فإذا انتفت

---

١. تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥.

صفة الأمانة وكان العقد ـ وهو سبب التمليك والتملّك ـ فاسداً، لم ينتقل كلّ من العوضين إلى الطرف الآخر، ولم يبق إلّا أن يكون المقبوض مضموناً؛ لدليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» وغيره من الأدلّة، وقد استوفينا عرضها سابقاً عند الكلام على قاعدة «على اليد»[١].

ومن ذلك يتّضح عدم صحّة التصرّف في العين المقبوضة بالعقد الفاسد ببيع أو هبة أو وقف أو ما شاكل، ووجوب ردّها إلى مالكها مادامت قائمةً، وفي حالة نقصان العين يلزم المشتري أرش النقص، لأنّ الجملة مضمونة فأجزاؤها كذلك، فإن تلفت العين كلّها فعليه القيمة الواقعية من المثل أو القيمة.

تغيّر المبيع بعقد فاسد

قد يتغيّر المبيع بيعاً فاسداً وهو في يد المشتري، إمّا بالنقص، أو بالصورة، أو بالزيادة، وعندئذ يعتبر المشتري في حكم الغاصب إلّا في فروق قليلة بينهما.

أوّلاً: تغيّر المبيع بالنقص:

أ ـ إذا نقصت العين في يد المشتري أخذها البائع مع الأرش[٢]، لأنّها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونةً كذلك[٣]، لا فرق بين أن يكون النقصان بفعل المشتري، أو بفعل المبيع، أو بآفة سماوية[٤].

ب ـ وإذا كان النقصان بفعل البائع صار البيع مستردّاً، ولا شيء على المشتري[٥].

---

١. راجع: ٦٣.

٢. مفتاح الكرامة ٤: ١٦٩، المجموع ٩: ٤١٢، كشّاف القناع ٣: ٢٤٥.

٣. المغني ٤: ٢٠٦.

٤. جامع الفصولين ٢: ٣٦.

٥. المصدر السابق.

ج ـ وإذا كان النقصان بفعل أجنبيّ فالبائع بالخيار، إن شاء أخذ الأرش من المشتري أو من الأجنبيّ[١].

ثانياً: تغيّر صورة المبيع:

إذا تغيّرت صورة المبيع ـ كما لو كان ثوباً فقطعه المشتري، أو حنطة فطحنها ـ فعندئذ تقرّر قيمته على المشتري[٢].

ثالثاً: تغيّر المبيع بالزيادة:

لو زادت العين المقبوضة بالعقد الفاسد، فهل يضمن المشتري زوائدها أم لا؟

المعروف في الفقه الإمامي، والمذهب لدى الشافعية والحنابلة، هو وجوب ردّ الزوائد، سواء أكانت متّصلةً كالسمن، أم منفصلةً كالولد والثمرة، ولو تلفت فالمشتري ضامن لها، ودليل ذلك أنّها نماء ملك البائع فتتبع الملك[٣].

ويبدو من الفقه المالكي أنّ الغلّة غير مضمونة، فشأنها غالباً شأن غلّة المبيع المفسوخ بالعيب إلى حين الفسخ[٤]. جاء في مختصر خليل: وإنّما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض، وردّ ولا غلّة[٥].

أمّا الزيدية والحنفية فحيث يميّزون بين العقد الباطل والعقد الفاسد بعدم انعقاد الأوّل وبانعقاد الثاني ـ بمعنى أنّ العقد الفاسد يملك العين بالقبض ويرد عليه الفسخ، بخلاف العقد الباطل ـ لذا فقد كان لهذا التمييز أثر في الضمان وعدمه بالنسبة لزوائد

---

١. جامع الفصولين ٢: ٣٦.

٢. الدرّ المختار ٤: ١٤٦.

٣. تذكرة الفقهاء ١: ٤٩٥، المجموع ٩: ٤١٣، المغني ٤: ٢٠٦، كشّاف القناع ٣: ٢٤٥.

٤. مواهب الجليل والتاج والإكليل ٤: ٤٦٢ ـ ٤٦٥.

٥. مختصر خليل ٤: ٣٨٠، مواهب الجليل ٤: ٣٨١، وقال في التاج والإكليل بنفس الصفحة: من المدوّنة وكذا في البيع الفاسد تردّ الجميع ولا شيء عليك في غلّة.

المقبوض بالعقد الفاسد، كما سنرى.

فقد تعرّفنا على رأيهم فيما مضى بالنسبة إلى العين المقبوضة بالعقد الباطل من أنّها مضمونة أو أمانة، وأمّا بالنسبة إلى العين المقبوضة بالعقد الفاسد فهي مضمونة لدى المذهبين، غير أنّهم اختلفوا في حكم الزوائد من حيث الضمان وعدمه بالشكل التالي:

فالزيدية يرون أنّ الفوائد الفرعية ـ كالكراء ـ هي للمشتري قبل فسخ العقد، وأمّا الفوائد الأصليّة، كالصوف والولد واللبن، فأمانة في يد المشتري لا يضمنها إلّا بالتفريط، ولكنّها تطيب له بأمرين:

أحدهما: إذا تلف الأصل قبل أن تتلف هذه الفوائد، وعندئذ لا يجب إلّا قيمة الأصل.

ثانيهما: بفسخ العقد بالتراضي فقط[١].

وأمّا المذهب الحنفي فيرى أنّ الزيادة بأقسامها الآتية لا تمنع فسخ العقد الفاسد إلّا المتّصلة غير المتولّدة منها، أمّا تفصيل تلك الأحكام فهو:

أ ـ إذا كانت الزيادة متولّدة من الأصل ـ متّصلة كانت كالسمن، أو منفصلة كالثمرة ـ فللبائع أن يستردّها، لأنّ الأصل «المبيع» مضمون الردّ، فكذلك ما تولّد عنه، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع أن يضمّن المشتري قيمة المبيع ويستردّ منه الزيادة، وكذا لو استهلك المشتري الزيادة أو تلفت بتعدٍّ منه، ضمن، أمّا لو هلكت الزيادة دون تعدّي المشتري فلا ضمان عليه لأنّها أمانة في يده[٢].

ب ـ إذا كانت الزيادة غير متولّدة من الأصل، فلا تخلو:

---

١. شرح الأزهار ٣: ١٤٧، البحر الزخّار ٣: ٣٨٢.

٢. ردّ المحتار ٤: ١٤٥.

١ ـ أن تكون الزيادة متّصلة بالمبيع، كما لو كان المبيع قماشاً فصبغه المشتري، أو سويقاً فلتّه[١] بعسل، فإنّها تمنع الفسخ، ويرجع البائع بمثل المبيع أو القيمة[٢].

٢ ـ أن تكون الزيادة منفصلةً عن المبيع، كما لو كان المبيع رقيقاً وكسب مالاً من عمل، أو حصل على هبة، فإنّها لا تمنع الفسخ، وعندئذ فللبائع أن يستردّ الأصل مع الزيادة، قال في جامع الفصولين: فله أخذ المبيع مع هذه الزوائد ولا تطيب له[٣].

ولو استهلك المبيع فقط والزوائد قائمة فعلى المشتري ضمان المبيع والزوائد له، لتقرّر ضمان الأصل، ولو هلكت الزيادة دون تعدٍّ فلا ضمان على المشتري، وإن استهلكها ضمن عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن ولم يضمنها عند أبي حنيفة[٤].

والذي نختاره في مسألة نماء المقبوض بالعقد الفاسد الباطل، هو وجوب ردّ نماء العين المتّصل منه والمنفصل، فقد سبق أن اخترنا[٥] ضمان العين المقبوضة بالعقد الفاسد وعدم ملكيّتها للمشتري، فكذلك الشأن في توابعها وفوائدها لشمول نفس أدلّة ضمان العين لها.

ضمان المنافع

ومن جملة ما وقع الخلاف فيه ضمان المنافع المستوفاة مع كون العقد فاسداً. فالمشهور بين الإمامية[٦] ضمانها على المشتري، بمعنى عليه عوضها، وبه قالت

---

١. لتّ السويق: بلّه بشيء من الماء أو خلطه بالسمن.

٢. الدرّ المختار ٤: ١٤٥.

٣. جامع الفصولين ٢: ٣٦.

٤. ردّ المحتار ٤: ١٤٥.

٥. ص: ١٥٥.

٦. مكاسب الشيخ الأنصاريّ ١: ١٠٤.

الشافعية[١]، والحنابلة[٢]. أمّا الزيدية ففصّلوا بين منافع العين المقبوضة بالعقد الباطل فهي لديهم مضمونة، وبين منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد فهي غير مضمونة[٣]. وأمّا المالكية والحنفية فيبدو منهم عدم ضمان المنافع[٤].

دليل عدم ضمان المنافع

وأهمّ ما استدلّ به على عدم ضمان المنافع، ما روي عنه ﷺ: «الخراج بالضمان»[٥].

وتقريب الاستدلال به أنّ الاستفادة بمنافع شيء إنّما هي في مقابل تحمّل الخسارة.

مناقشة الدليل

ونوقش الاستدلال بما يأتي:

أوّلاً: ضعف سند الحديث: قال في بلوغ المرام: رواه الخمسة، وضعّفع البخاري وأبو داود[٦].

ويمكن أن يجاب عن المناقشة:

١ ـ بما نصّ عليه في بلوغ المرام أيضاً بقوله: وصحّحه الترمذي وابن خزيمة،

---

١. اختلاف الحديث للشافعي: ٥٥٥، المجموع ٩: ٤١٢.

٢. المغني ٤: ٢٠٦، كشّاف القناع ٣: ٢٤٥.

٣. شرح الأزهار ٣: ١٤٢ و١٤٧، البحر الزخّار ٣: ٣٨٢ و٣٨٤.

٤. مختصر خليل ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٤: ٣٨٠ و٣٨١، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١٥١، وانظر عدم ضمان المنافع بشكل عامّ، سبل السلام ٣: ٣٠، الموادّ ٨٥ و٨٦ و٥٩٦ من مجلّة الأحكام، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام ١: ٧٨ و٥٨٤، الأشباه شرح الحموي: ٢٩٤.

٥. بلوغ المرام ٣: ٣٠.

٦. المصدر السابق.

وابن الجارود، وابن حيّان، والحاكم، وابن القطّان[١].

٢ ـ أنّ المدار في حجّية الحديث هو وثاقة الصدور واستدلال كثير من العلماء به يكشف عن اطمئنانهم في وثاقة الصدور.

ثانياً: قصور دلالة الحديث على المطلوب، لأنّ المحتمل في معناه أُمور:

١ ـ أنّ المراد بكلمة «الخراج» ما هو المعروف في باب الخراج والمقاسمة، وأنّ المراد بكلمة «الضمان» هو ضمان الأرضي الخراجية بسبب التقبّل والإجارة، فمن تقبّل الأرض من السلطان يكون هو المطالب بخراجها وإن انتفع بها شخص آخر، وعليه يكون أجنبيّاً عما نحن فيه[٢]. وهو من محتملات الحديث الّتي ذكرها الشهيدي[٣]، وأظهر الوجوه كما جاء في تقريرات بحث الخوئي[٤].

٢ ـ أنّ المراد بالخراج هو مطلق المنافع، والمراد بالضمان معناه اللغويّ، أعني به مطلق التعهّد، وعليه فمعنى الحديث: إنّ المنافع الحاصلة من الأعيان المأخوذة بالعقود الصحيحة أو الفاسدة أو المأخوذة بالغصب مملوكة للضامن، وإنّ ضمان العين سبب لملكية المنافع، وبه يتمّ ما أفتى به أبو حنيفة من عدم ضمان الغاصب لمنافع العين.

قال السيوطي: لو كانت العلّة الضمان لزم أن يكون الزائد للغاصب؛ لأنّ ضمانه أشدّ من ضمان غيره، وبهذا احتجّ لأبي حنيفة في قوله: إنّ الغاصب لا يضمن منافع المغصوب[٥].

---

١. بلوغ المرام ٣: ٣٠.

٢. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٨٢.

٣. هداية الطالب ١: ٢٢١.

٤. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٨١، مصباح الفقاهة ٣: ١٣٣.

٥. الأشباه والنظائر: ١٢١ ـ ١٢٢.

وأجابوا عن هذا الاستدلال بما نقله السيوطي أيضاً بقوله: وأُجيب بأنـه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب[١]. ونظيره ما أجاب به الآملي كما سيأتي.

٣ ـ اختصاص الحديث بالعقد الصحيح، كالبيع والإجارة، ودليله:

أ ـ إنّ مورد الحديث هو العقد الصحيح وهو: إنّ رجلاً ابتاع عبداً من آخر، وبعد أن أقام عنده وجد به عيباً قديماً، فخاصمه إلى النبيّ ﷺ، فقضى بردّه على البائع، فقال: يا رسول الله قد استغلّ غلامي؟ فقال: «الخراج بالضمان»[٢]. وهو الظاهر من نصّ السيوطي السابق.

ب ـ إنّ الضمان قد يأتي بمعنى المصدر أو اسم المصدر ـ وقد أوضحنا الفرق بينهما في مدخل الرسالة[٣]. وتبعاً للمقصود به منهما يختلف معنى الحديث، فإن أُريد بالضمان:

١ ـ الاسم المصدريّ، أي كون الشيء في العهدة سبباً لاستحقاق المنافع، فعندئذ تكون المنافع للمتعهّد بالعين بإزاء ضمانه لها حتى لو كان الضمان غير اختياريّ كما لو كان باليد.

٢ ـ المعنى المصدريّ، أي كون تعهّد الشخص بإدخاله العين في عـهدته هـو المنشأ لاستحقاق المنافع، فينحصر المورد بالضمان المعاوضي ويخرج مثل ضمان اليد.

وقد رجّح الآمليّ هذا الوجه خاصّةً وأنّ العرف يفهم من جعل ملكية المنافع بدل الضمان هو أنّ إقدام الشخص على التعهّد والضمان يكون مـنشأً للـحكم بـملكية المنافع[٤]. وعليه فلا يدلّ الحديث على عدم ضمان المنافع في العقد الفاسد.

---

١. الأشباه والنظائر: ١٢٢.

٢. سنن ابن ماجة ٢: ٧٥٤.

٣. راجع: ٢٦.

٤. تعليقة على المكاسب ١: ٢٧١.

الراجح من الاحتمالات

وأرجح الاحتمالات السابقة ـ فيما يبدو ـ هو الأخير منها، لأنّ مورد الحديث هو الضمان بسبب مشروع، واحتمال اختصاصه به قويّ كما تقتضيه مناسبة الحكم والموضوع، وليس فيما عرض من الاحتمالات الأُخر ما يوقف هذا الترجيح.

وبتمام ذلك، فالمستفاد من الحديث دلالته على أنّ من تقبّل عيناً وتحمل عهدتها بعقد صحيح يستحقّ منافعها بلا خسارة، ولا دلالة فيه على عدم ضمان المنافع بالعقد الفاسد.

دليل ضمان المنافع

واستدلّ على ضمان المنافع المقبوضة بالعقد الفاسد بقاعدة الإتلاف، وبأدلّة قاعدة «على اليد»[١]، وقد مرّ ذكرها ووجه الاستدلال بها على ضمان الأعيان.

وما يمكن أن نستدلّ به من تلك الأدلّة على ضمان المنافع هو ما اخترنا صلاحيته للاستدلال به على ضمان الأعيان، كحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، ومرّ تقريب الاستدلال به على ضمان المنافع أيضاً، ومثل السيرة العقلائية بضميمة عدم الردع عنها على ضمان المنافع المستوفاة.

ووجه شمول تلك الأدلّة لمضان المنافع هو ما اخترناه من كونها أموالاً، وإذ يتعذّر إرجاعها؛ لأنّ أغلبها أعراض تنعدم شيئاً فشيئاً، فضمانها يكون بالقيمة تماماً، كما لو تلفت العين وتعذّر مثلها.

---

١. راجع: ٦٣، وانظر تعليقة على المكاسب للآملي ١: ٣٢٩، محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٦٩.

المبحث الثاني
الضمان في العقد الصحيح

والكلام فيه في فرعين:

١ ـ الضمان قبل القبض

٢ ـ الضمان بعد القبض

الفرع الأوّل
الضمان قبل القبض

ونجعل الكلام عن المبيع أصلاً للموضوع، ونرى بعده ما يمكن أن يقال في غيره. والأتجاه الفقهي في هلاك المبيع قبل قبض المشتري له يبطل البيع ويرجع الثمن إلى المشتري إذا كان البائع قد تسلّمه. ويقابل هذا الاتّجاه مخالفة بعض الفقهاء في بعض الموارد تتجلّى من النصوص القادمة.

قال الشيخ الطوسي: إذا تلف المبيع قبل القبض للسلعة بطل العقد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، قال مالك: لا يبطل[١].

وقال العلّامة الحلّي: ولا خلاف عندنا في الضمان على البائع قبل القبض مطلقاً[٢].

---

١. الخلاف ٢: ٦٨.

٢. تذكرة الفقهاء ٢: ٤٧٣.

وقال أحمد بن يحيى الزيديّ: وإذا تلف المبيع قبل التسليم النافذ في غير يد المشتري وجنايته فمن مال البائع، ثم قال في شرح الأزهار: فينفسخ البيع، ويجب على البائع ردّ الثمن إن كان قد قبضه من المشتري[١].

والمعروف في المذهب المالكي أنّ ما كان فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد، يكون ضمانه من بائعه قبل قبض المشتري له[٢].

قال ابن رشد: فأمّا ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلّا بعد القبض[٣].

وقال السرخسي: قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن، والعقار في هذا كالمنقول حتى إذا استحقّ أو تصوّر هلاكه فهلك سقط الثمن[٤].

وجاء في المادّة ٢٩٣ من مجلّة الأحكام: المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري.

وجاء في المنهاج: المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، فإن تلف انفسخ البيع وسقط الثمن[٥].

وقال الخرقي من الحنابلة: وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع، قال ابن قدامة: ظاهر كلام الخرقي أنّ المكليل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلّا بقبضه[٦].

أمّا الاتّجاه المعاكس، فالمعروف في المذهب المالكي والحنبلي أنّ المبيع في

---

١. شرح الأزهار ٣: ١٣٣، وانظر: البحر الزخّار ٣: ٣٦٨.

٢. بداية المجتهد ٢: ١٨٤، التاج والإكليل ٤: ٤٧٦ـ٤٧٧.

٣. بداية المجتهد ٢: ١٨٤.

٤. المبسوط ١٣: ٩، ردّ المحتار على الدرّ المختار ٤: ١٨٠.

٥. المنهاج ٤: ٣٩٣، المهذّب ١٣: ٨٩.

٦. المغني ٤: ٩٧، كشّاف القناع عن متن الإقناع ٣: ٢٤٢.

بعض الموارد من ضمان المشتري وإن لم يقبضه، فمما جاء من نصوصهم فيه هو ما قاله ابن رشد من المالكية: وأمّا ما ليس فيه حق توفية كالمبيع جزافاً وهو حاضر، فلا خلاف في المذهب أنّ ضمانه من المشتري[١].

وقال الخرقي: وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض، وإن تلف فهو من مال المشتري، قال ابن قدامة: يعني ما عدا المكيل والموزون والمعدود، فإنّه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه... وحكى أبو الخطّاب عن أحمد رواية أُخرى، وهي: أنّ التلف على البائع؛ لأنّه في يده، فإذا تعذّر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعدود[٢].

أدلّة ضمان المشتري

واستدلّوا على ضمان المشتري إذا تلف المبيع قبل قبضه بأدّلة:

١ ـ قوله ﷺ: «**الخراج بالضمان**». قال ابن قدامة: وهذا المبيع نماؤه للمشتري، فضمانه عليه[٣].

٢ ـ واستدلّ ابن قدامة أيضاً بقوله: وهو من ضمانه بعد قبضه، فكان من ضمانه قبله كالميراث.

وناقش العلّامة الحلّي الدليلين السابقين قائلاً: ولا حجّة في الخبر؛ لأنّه لم يقل: الضمان بالخراج. والخراج الغلّة. والميراث لا يراعى فيه القبض وهنا يراعى، فإنّه يراعى في الدراهم والدنانير بخلاف الميراث فيهما[٤].

٣ ـ إنّ الملكيّة تتمّ بالعقد، فالمشتري يملك المبيع به وإن لم يقبضه.

ويجاب عنه بما جاء في الخلاف: دليلنا: أنّه إذا باع فإنّما يستحقّ الثمن إذا قبض

---

١. بداية المجتهد ٢: ١٨٤، التاج والإكليل ٤: ٤٧٧.

٢. المغني ٤: ١٠٠.

٣. المصدر السابق.

٤. تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٣.

المبيع، فإذا تلف تعذّر عليه التسليم، فلا يستحقّ العوض[١].

وفي البلغة وغيرها: أنّ القبض من مقتضيات العقد، فبالتلف قبل القبض يتحقّق الانفساخ؛ لعدم والوفاء بتمام مقتضى العقد[٢]، وعلّله بعضهم ـ فيما إذا مكّن البائع المشتري من المبيع فتركه ولم يستلمه ـ أنّه بمنزلة القبض أو كالوديعة عنده[٣].

أدلّة ضمان البائع

والكلام عن أدلّة ضمان البائع للمبيع قبل قبض المشتري، وسراية هذا الحكم إلى الثمن وإلى بقية العقود وما يتعلّق بالضمان من جوانب أُخرى، كلّ ذلك يتضمّنه الحديث عن قاعدة مشهورة، هي: قاعدة «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه».

ويقع الكلام عن القاعدة في جهات:

الجهة الأُولى: ألفاظ القاعدة ومعناها

إنّ موضع الحديث من القاعدة هو خصوص القبض، لأنّ المراد من الباقي واضح.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء حول مدلول القبض، من أنّه النقل والتحويل، أو النقل مع الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن والتخلية فيما عداه، أو هو مطلق التخلية، أو مطلق الاستيلاء، إلى غير ذلك[٤].

واختلاف العلماء في بعض مصاديق القبض لعلّ مرجعه اختلاف العرف فيما يراه قبضاً في هذا الشيء وعدمه في ذاك، فقبض الدار غير قبض الدينار، وإلّا فلم يرد من

---

١. الخلاف للطوسي ٢: ٦٨، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٤: ٣٩٥.

٢. بلغة الفقه ١: ١٥٦.

٣. مواهب الجليل ٤: ٣٨٥.

٤. انظر في هذا المجال الخلاف ٢: ٤٣، الروضة البهية في شرح اللمعة ١: ٢٩٥، تحفة المحتاج ٤: ٤٠٩، المغني ٤: ١٠٠، المادّة ٢٦٣ وما بعدها من مجلّة الأحكام، تحرير المجلّة ٢: ١٣.

الشارع نصّ في تحديده على نحو الإلزام به. قال الشهيد الثـاني: لأنّ الشـارع لم يحدّه، فيرجع فيه إلى العرف[١].

وعلى هذا فمعنى القاعدة: أنّ كلّ مبيع تلف قبل أن يقبضه المشتري من بائعه فهو من مال البائع، ولا يتحمّل المشتري شيئاً من خسارته.

الجهة الثانية: أدلّة القاعدة

الدليل الأوّل: الروايات

١ ـ النبويّ المشهور: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»[٢].

ودلالة الحديث على القاعدة واضحة، وأمّا حجّيته فشهرته بين الفقهاء[٣] وتلقّيهم له بالقبول وإفتاؤهم بمضمونه موجب للوثوق بصدوره الذي هو موضوع الحجّية ـ كما سبق القول مراراً ـ وبتمامية دلالته وحجّيته يتمّ مضمون القاعدة وصحّتها.

٢ ـ رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى مـتاعاً مـن رجـل وأوجبه، غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إنشـاء الله، فسـرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع، ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتى يردّ ماله إليه»[٤].

والكلام في الحديث السابق آتٍ في هذه الرواية دلالة وحجّيةً.

الوجه في كون التلف من مال البائع

ذكر لتوجيه كون التلف من مال البائع وجوه واحتمالات، نعرضها مع التعقيب:

الأوّل: إنّ ملكيّة المشتري للمبيع إنّما تحصل بالقبض؛ إذ العقد وحده لا يكفي

---

١. الروضة البهية ١: ٢٩٥.

٢. مستدرك الوسائل ٢: ٤٧٣.

٣. انظر: البلغة ١: ١٤٩، شرح البلغة ١: ٧٦، قواعد البجنوردي ٢: ٦٢، مصباح الفقاهة ٣: ٣٢.

٤. وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٨.

في تحقّق الملكية ما لم ينضمّ إليه القبض لحصولها، وبهذا يكون المبيع غير منتقل إلى المشتري لعدم قبضه، ويكون تلفه من نصيب البائع.

ونوقش أنّ الملكية تحصل بنفس العقد إلّا في بعض العقود كالصرف[١]، وكذا الهبة، كما نصّ عليه في الهداية والمهذّب والمغني[٢]. وإذ الملكية تحصل بالعقد فهذا الاحتمال ـ كما يقول البجنوردي ـ معلوم البطلان[٣].

الثاني: المقصود برواية «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» هو أنّ خسارة التالف على البائع، فهو ضامن للمثل أو القيمة، وليس ذلك من ضمان المعاوضة حتى يرجع إليه المسمّى.

ونوقش أنّه خلاف ظاهر نصّ الرواية، لأنّ مؤدّاها أنّ التالف من مال البائع، نعم لو كان النصّ «على البائع» لكان لذلك وجه.

الثالث: إنّ المعاملة تنفسخ قبل التلف آناً ما، فيكون التلف في ملكه ومنه، وإذ ذاك يرجع الثمن المسمّى للمشتري.

وكون الملكية تدخل في ملك البائع آناً مّا قبل الفسخ، له نظائر كالعتق[٤] ودخول الدية في ملك الميّت أوّلاً ثم تنتقل إلى الورثة[٥]. فلو قال شخص لآخر: أعتق عبدك عنّي، فإذا أعتقه لابدّ من دخوله في ملك المعتق عنه ملكاً آنياً، لأنه لا عتق إلّا في ملك. وكذا لو اشترى أحد أبويه، فهو وإن كان لا يملكه لكن لابدّ من دخوله في ملكه للدليل السابق.

---

١. قواعد البجنوردي ٢: ٦٣.

٢. الهداية ٣: ٢٢٤، المهذّب ١٥: ١٣، المغني ٥: ٥٣١.

٣. القواعد ٢: ٦٣.

٤. بداية المجتهد ٢: ٣٦٣، مواهب الجليل ٦: ٣٣٣، درر الحكّام في شرح غرر الأحكام ٢: ٤.

٥. الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٣٤٦و٣٤٨.

الدليل الثاني: الإجماع

صرّح العلّامة الحلّي بعدم الخلاف بين الإمامية على أنّ تلف المبيع قبل قبضه من ضمان بائعه؛ إذ قال: ولا خلاف عندنا في الضمان على البائع قبل القبض مطلقاً. فلو تلف حينئذ انفسخ العقد وسقط الثمن[١]. ونقل البجنوردي حكاية «الإجماع» عليه[٢].

ونوقش مثل هذا الاتّفاق، بأنّ الدليل إذا كان هو الروايات أو بناء العقلاء ـ كما يقول البجنوردي ـ فهو ليس من الإجماع المصطلح في الأُصول الذي بنينا على حجيّته[٣].

الدليل الثالث: بناء العقلاء

واستدلّ به البجنوردي في قواعده[٤]، وناقشه في بعض جوانبه. ويتلخّص الدليل في أنّ العقد لدى العقلاء ينفسخ لو وقع التلف قبل القبض ويعاد الثمن للمشتري.

وقال التوحيدي: والتحقيق أنّ الحكم المزبور قد ثبت بالسيرة القطعية، لأنّ بناء العقلاء والمتشرّعة قائم على أنّ التسليم والتسلّم من متمّمات الملكية المترتّبة على البيع، بحيث أنّ العقلاء لا يرون حصول الملكية التامّة قبل القبض والإقباض، بل يرون أنّ الحاصل قبلهما هو الملكية الناقصة، ومن هنا يعبّر عن البيع كثيراً بالأخذ والعطاء[٥].

الجهة الثالثة: موارد انطباق القاعدة

والكلام حول انطباق القاعدة على عدّة أُمور يقع في مباحث نجملها بما يأتي:

١ ـ تلف المعقود عليه بذاته أو صفته.

---

١. تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٣.

٢. القواعد الفقهية ٢: ٦٤.

٣. المصدر السابق: ٦٥.

٤. المصدر نفسه.

٥. مصباح الفقاهة ٣: ٣٢.

٢ ـ ضمان النماء الحاصل بين العقد والتلف قبل القبض.

٣ ـ إسقاط الضمان.

٤ ـ اتّساع التلف.

٥ ـ إتلاف المعقود عليه.

٦ ـ ضمان الثمن.

٧ ـ جريان القاعدة في بقية عقود المعاوضات.

١ ـ تلف المبيع أو صفته

والبحث فيه في مواضع، هي:

أ ـ تلف تمام محلّ العقد:

إنّ هلاك محلّ العقد (المبيع) معناه استحالة تنفيذ الالتزام من قبل أحد المتعاقدين، وبه تصبح المعاملة غير قائمة، وهو المورد المتيقّن من القاعدة.

فالبيع ينفسخ بهلاك تمام المبيع قبل قبض المشتري، وعنده يتحمّل البائع تبعة هلاكه، ولا يطالب المشتري بالثمن ويعود إليه لو استلمه البائع.

يقول السرخسي: إنّ هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع[1].

ويقول في المنهاج والتحفة: المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، بمعنى انفساخ البيع بتلفه[2]. إلى غير ذلك من نصوصهم التي أوردناها في بداية البحث.

ب ـ تلف أجزاء المبيع:

وتبعة الهلاك الجزئي للمبيع أو نقصان مقداره تستوي من ناحية مبدأ ضمانه على البائع، كما هو الشأن في حالة الهلك الكلّي، ولكن قد تختلف عنه من ناحية أُخرى

---

١. المبسوط ١١: ١٧١.

٢. تحفة المحتاج ٤: ٣٩٣.

فيما يرى الفقهاء، فهل قاعدة التلف الكلّي تشمل حالة التلف الجزئي فينفسخ العقد ويرجع الثمن للمشتري، أو لا ينفسخ أصلاً، أو يفصل بين ما إذا كان المبيع يقسّط عليه الثمن باعتبار الأجزاء، كما لو باع منّين من الحنطة فتلف أحدهما فينفسخ البيع بالنسبة له، وبين ما إذا كان لهيئة الاجتماع أثر في زيادة قيمته أو أصله، كما لو باع مصراعي باب؟ للفقهاء فيه احتمالات[١]. ومنها ما جاء في ردّ المحتار لابن عابدين: وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص، سواء كان نقصان قدر أو وصف، وخيّر المشتري بين الفسخ والإمضاء[٢].

والذي يمكن أن نختاره في هذا المجال، هو صدق المبيع على الأجزاء كصدقه على الكلّ، نظير ما ذهب إليه قسم من الفقهاء في صحته بالنسبة لأحد جزئي المبيع إذا كان يملك أحدهما ولا يملك الآخر، وكذا لو باع ما يملك وما لا يملك كشاة وخنزير صفقةً واحدةً، فيمضي البيع في الشاة وينفسخ بالنسبة إلى الخنزير، ذلك أنّ المشتري ملك كلّ جزء من المبيع بما يقابله من الثمن، فيصدق على كلّ جزء أنّه مبيع، ولكنه غير مستقلّ، ومن هنا يجوز له الفسخ لتبعّض الصفقة أو عدم سلامة المبيع أو فوات المنفعة المقصودة، وله أيضاً أخذ المبيع بمقداره من الثمن.

هذا إذا لم تقم قرينة على وحدة المطلوب في المبيع، بحيث يكون مجموع المبيع ملحوظاً بما هو مجموع، فتلف البعض يكون إعداماً للموضوع فيرجع إلى الصورة الأُولى، أي تلف تمام محلّ العقد.

ج ـ تلف الصفة قبل القبض:

لو تلف ما لا يقسّط عليه شيء من الثمن، بمعنى ما لا يمكن بيعه منفرداً ـ جزءاً

---

١. القواعد الفقهية للبجنوردي ٢: ٧٠، مصادر الحقّ ٦: ٢٢٦.

٢. ردّ المحتار ٤: ٥٠.

كان التالف أو وصفاً ـ كقطع يد العبد قبل القبض، ونسيانه الكتابة، وتغيّر لون الثوب، ففي قول أنّ للمشتري الردّ والإمضاء مجّاناً[1]، وفي قولٍ آخر أنّ للمشتري أخذ الأرش إذا اختار الإمضاء[2].

وعلى القول بعدم أخذ الأرش، فالقاعدة لا تجري، بناءً على عدم مقابلة الصفة بحصّة من العوض، وإن أوجبت زيادةً في قيمة الموصوف.

وبهذا التعليل فليس للمشتري إلّا الردّ؛ لتخلّف الوصف، أو الإمضاء مجّاناً، أي أخذ المبيع بجميع الثمن.

الرأي المختار

والراجح من القولين السابقين فلتخلّفٍ هو أنّ المشتري مخيّر بين ردّ المبيع وأخذه بجميع الثمن. أمّا الردّ فلتخلّفه وصف المبيع، وبه يدفع المشتري ما فاته من وصف المبيع وسلامته، وأمّا إمضاء البيع مجّاناً فلأنّ مطالبة المشتري بالأرش فيها خسارة على البائع، وهو لم يقدّم على زوال المبيع عن ملكه بأقلّ من المسمّى.

وأضاف بعضهم تعليلاً آخر في إمضاء البيع مجّاناً، وهو أنّ وجود الوصف في المبيع لا حصّة له من الثمن، ولكن ما قالوه من عدم مقابلة الوصف بالعوض لا نقرّه على إطلاقه، فالوصف لا يقابل بالعوض حينما يكون منفرداً؛ لأنّه غير مرغوب فيه، أمّا بلحاظ وجوده في المبيع فهو مرغوب فيه وممكن بيعه، لذا كان موجباً لزيادة القيمة، وهذا يكشف أنّ للوصف حصّةً من العوض.

٢ـ النماء الحاصل بين العقد والتلف

إنّ النماء الحاصل من المبيع قبل تلفه للمشتري، لأنّه انتقل إليه بالعقد وعند

---

١. بلغة الفقيه ١: ١٩٢، الهداية ٣: ٣٥، مصادر الحقّ ٤: ٢٥٥.

٢. تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٤.

التلف ينفسخ العقد من حينه. وهذا هو المعروف بين الإمامية[١]. وجاء في المنهاج والتحفة: فإن تلف انفسخ البيع، أي قدّر انفساخه المستلزم لتقدير انتقاله لملك البائع قبيل التلف، فتكون زوائده للمشتري[٢] غير أن هذه الفوائد تكون أمانةً بيد البائع لا يضمنها إلّا بتعدٍّ أو تفريط[٣]. وهو ما صرّح به أيضاً البهوني من الحنابلة[٤].

ويرى آخرون أنّ النماء للبائع، مستدلّين بحديث: «الخراج بالضمان»؛ لأنّ المبيع في ضمان البائع قبل التلف، فنماؤه له. وهو المنسوب إلى الشيخ الطوسي من الإماميّة. ويرى الزيدية أيضاً أنّ النماءات والفوائد الحاصلة قبل تلف المبيع هي للبائع؛ لأنّه بالتلف ينكشف أنّ البائع استعمل ملكه وكذا تكون الفوائد للبائع إذا لم يتلف المبيع في قول لهم، لأنّ الخراج بالضمان، وفي قول آخر أنّهما للمشتري[٥].

وأجاب صاحب البلغة وشرحها عن الاستدلال بالحديث المذكور بما خصلاصته: إنّ المراد بالخراج هو الفائدة، وبالضمان هو التعهّد. فمعنى الحديث: أنّ نماء المضمون للضامن؛ تبعاً لدخول الأصل في ملكه، والضامن هنا هو المشتري لتعهّده للبائع بجعل عوض إزاء المبيع والتزامه بتبعاته كنفقته لو كان حيواناً. غير أنّ العقد ينفسخ عن التلف فيخرج المبيع عن ملكه إلى ملك البائع[٦].

والرأي المختار في المسألة هو ما ذهب إليه الشيخ الطوسي والزيدية، من أنّ النماءات والفوائد الحاصلة بين العقد والتلف هي للبائع. ذلك أنّ القدرة على التسليم شرط لصحّة العقد ومن مقتضياته، وعند تلف المعقود عليه يظهر أن لا عقد بينهما

---

١. بلغة الفقيه ١: ١٧٧.

٢. تحفة المحتاج ٤: ٣٩٤و٣٩٥.

٣. المصدر السابق.

٤. كشّاف القناع ٣: ٢٤٤.

٥. شرح الأزهار وحواشيه ٣: ١٣٤.

٦. شرح بلغة الفقيه ١: ١٧٨.

أصلاً، وعندئذ لم ينتقل كلي من العوضين إلى المتعاقد الآخر، بل هو باقٍ على ملك مالكه الأصليّ، فما حصل منه من فوائد يكون تبعاً للملك.

٣ـ إسقاط الضمان

إنّ ضمان البائع للثمن ـ لو تلف المبيع قبل القبض ـ لا يسقط بإسقاط المشتري، وكذا الحال في ضمان المشتري للمبيع لو تلف الثمن قبل القبض؛ لأنّ انفساخ العقد ليس من آثار حقّ المشتري أو البائع، كما هو الشأن في بقيّة الحقوق القابلة للإسقاط مثل الخيار.

وسبب ذلك أنّ بقاء العقد المعاوضي لدى العقلاء منوط ببقاء قابلية كلّ من العوضين على المبادلة، بمعنى أنّ من عناصر العقد الصحيح ومقوّماته أن يكون كل من العوضين مقدور التسليم، فلو تلف أحدهما قبل القبض ينفسخ العقد قهراً، لعدم تحقّق مقوّماته، وعندئذ فلا تَسَعُه قابليّة إسقاط المشتري لضمان البائع أو إسقاط البائع لضمان المشتري[1].

٤ـ اتّساع التلف

إنّ مورد قاعدة «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» هو التلف، وحقيقته هو الفناء والهلاك، ويبدو من بعض الفقهاء تعميمه إلى كلّ ما يعدّ تلفاً حكماً لا موضوعاً وحسب، وذلك كالسرقة والغصب الذي لا يرجى عوده، وكل مايوجب التعذّر؛ لأنّ التقابض والقدرة على التسليم من مقتضيات العقود.

٥ـ حكم إتلاف المعقود عليه

وفي شمول القاعدة للإتلاف خلاف بين الفقهاء[2]، وما يمكن أن يقال: إنّ الإتلاف

---

١. القواعد الفقهيّة للبجنورديّ ٢: ٧٧.

٢. تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٤.

إن كان ممن انتقل إليه كالمشتري، فهو كقبضه له، وإن كان ممن انتقل عنه أو من أجنبيّ، فهو ملحق بالقاعدة، أي يهلك من ملك البائع؛ لانعدام محلّ العقد، غاية الأمر أنّ المتلف إن كان هو البائع فلا معنى لضمانه؛ لأنّ الإنسان لا يضمن مال نفسه، وإن كان هو الأجنبيّ فيرجع المالك عليه بالمثل أو القيمة[١].

وثمّت رأي آخر إذا أتلفه الأجنبيّ، هو: أنّ المشتري مخيّر بين الفسخ واسترجاع الثمن من البائع وبين الرجوع على الأجنبيّ[٢].

٦ ـ ضمان الثمن

القاعدة وإن تناولت لفظ المبيع، ولكنّ الحكم شامل للثمن أيضاً، لوحدة الملاك في الفسخ والانفساخ وهو عدم سلامة محلّ العقد أو قبضه الذي هو من مقتضيات العقود. وذلك ما جرى عليه البناء العقلائيّ في المعاوضات من دون فرق بين تلف أحد العوضين أو أبعاضهما.

٧ ـ جريان القاعدة في بقيّة المعاوضات

والقاعدة شاملة أيضاً لسائر عقود المعوضات دون اختصاصها بالبيع خاصّة إذا كان مدركها هو بناء العقلاء؛ لأنّ بناء العقلاء جارٍ حتى في غير البيع من عقود المعاوضات.

الفرع الثاني

الضمان بعد القبض

ضمان تلف المقبوض بالعقد الصحيح يقع في موضعين:

١ ـ التلف زمن الخيار

٢ ـ التلف حيث لا خيار

---

١. قواعد البجنوردي ٢: ٧٨.

٢. تذكرة الفقهاء ١: ٤٧٤، ردّ المحتار ٤: ٥٠، تحفة المحتاج ٤: ٣٩٩.

ونتناول ضمان التلف زمن الخيار بالبحث عن قاعدة مشهورة، وهي: «التلف زمن الخيار من مال من لا خيار له»، ونجعلها منطلقاً للبحث.

أوّلاً: الضمان زمن الخيار

إنّ موقف الفقهاء يختلف في من يتحمّل التلف زمن الخيار من المتعاقدين، وسبب اختلافهم مرجعه إلى نقل الملكيّة بمجرّد وقوع العقد، أو بانقضاء الخيار، أو بقائه موقوفاً. وقد جمع العلّامة الحلّي جهات الخلاف بقوله: المشهور عند علمائنا أنّ الملك ينتقل بنفس الإيجاب والقبول إلى المشتري انتقالاً غير لازم إن اشتمل على خيار، ويلزم بانقضائه، والملك في الثمن للبائع، وهو أحد أقوال الشافعيّ[١]، وبه قال أحمد[٢] لقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلّا أن يشترط المبتاع» ولأنّه عقد معاوضة يقتضي الملك فلزمه بنفس العقد كالنكاح. والثاني للشافعي[٣]: أنّه ينتقل بالعقد وانقضاء الخيار، فيكون في مدّة الخيار للبائع والملك في الثمن للمشتري، وبه قال أبو حنيفة[٤] ومالك[٥]، إلّا أنّهما قالا: لا يثبت خيار المجلس[٦]، فيكون ذلك في خيار الشرط؛ لأنّه إيجاب غير ملازم مع سلامة المعقود عليه فلم ينتقل الملك كقعد الهبة، والفرق ظاهر.

فإنّ الهبة ليست عقد معاوضة بل هي تبرّع محض، وعدم اللزوم لا يمنع الملك في المعاوضات كما لو كان معيباً والثالث: إنّ الملك مراعىً[٧]، فإن فسخا تبيّنّا أنّ

---

١. المهذّب ٩: ٢٢٨.

٢. كشّاف القناع ٣: ٢٠٥ و٢٠٦ و٢٠٧، دليل الطالب:٣٨ و٣٩.

٣. المهذّب ٩: ٢٢٨.

٤. الدرّ المختار ٤: ٥٨.

٥. التاج والإكليل ٤: ٤٢٢، المقدّمات لابن رشد: ٥٦٣.

٦. الاختيار لتعليل المختار ٢: ٥، الفروق ٣: ٢٦٩، تهذيب الفروق ٣: ٢٧٨.

٧. شرح المهذّب ٩: ٢٢٨ ـ ٢٣٠.

الملك لم ينتقل بالعقد، وإن أجازا تبيّنّا انتقل بالعقد من حين العقد، لأنّ البيع سبب الزوال إلّا أنّ شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بعد بالزوال جزماً، فوجب أن يتربّص وينظر فيه عاقبة الأمر، ولأنّ العقد لو أوجب الملك لأجاز التصرّف ولا يـجوز أن يتعلّق الملك بالتفرّق بالأبدان، لأنّ ذلك ليس من أسباب الملك، فلم يـبق إلّا أنـه يملك بالعقد، ويتبيّن ذلك بالتفرّق، وهذا يلزم عليه البيع قبل القبض والرهن، فـإنّ الملك حاصل فيه والتصرّف لا يجوز.

إذا ثبت هذا، فلا فرق عند الشافعية بين أن يكون الخيار لهما أو لأحدهما، وبه قال مالك، لأنّه بيع نقل ملك البائع، فوجب أن ينقله إلى المشتري كما لو لم يكـن لهما خيار.

وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار لهما أو للبائع لم ينتقل ملكه، وإذا كان للمشتري وحده خرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، لأنّه شرط الخيار لنفسه فلم يزل ملكه عن الثمن، ولا يجوز أن يجتمع له الثمن والمثمن فيما يـصحّ تمليكه[١]، وليس بجيّد، لأنّ الخيار لا يمنع انتقال الملك، على أنّ هذا القول يستلزم المحال وهو ثبوت ملك لغير مالك.

إذا عرفت هذا، فللشافعية طرق في موضوع الأقوال[٢].

أحدها: إنّ الخلاف فيما إذا كان الخيار لهما إمّا بالشرط أو في خيار المجلس، أمّا إذا كان لأحدهما فهو المالك للمبيع؛ لنفوذ تصرّفه فيه.

والثاني: إنّه لا خلاف في المسألة، ولكن إن كان الخيار للبائع فالملك له، وإن كان للمشتري فهو له، وإن كان لهما فهو موقوف، وتنزّل الأقوال على هذه الأحوال.

---

١. ردّ المحتار ٤: ٥٦ ـ ٥٧، المبسوط للسرخسي ١٣: ٦٥.

٢. أُنظر هذه الطرق والأقوال في المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٣٠.

والثالث: طرد الأقوال في الأحوال، وهو أظهر عند عامّة الشافعية، وإذا جرت الأقوال فما الأظهر منها؟ قال أبو حامد: الأظهر أنّ الملك للمشتري، وبه قال الجويني، وقال بعضهم: الأظهر الوقف. والأشبه عندهم أنّه إن كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له وإن كان للمشتري فالأظهر انتقاله إليه، وإن كان لهما فالأظهر الوقف[١].

وبعد أن تبيّنّا من هذا النصّ وجهة النظر في المسألة، نصرف البحث إلى قاعدة قد تكون ـ بناءً على تماميتها ـ منطلقاً للفصل بين هذه الأقوال، وهي قاعدة: «التلف في زمن الخيار من مال من ليس له خيار» ونقرّبها بمثال: لو باع زيد داره إلى عمرو، واشترط عمرو أن يكون له خيار لمدّة شهر، فانهدمت الدار قبل مضيّ الشهر، تكون تبعة هلاكها على البائع ومن أمواله.

أدلّة القاعدة

الدليل الأوّل: الروايات

منها: قال رسول الله ﷺ في رجل اشترى عبداً بشرط ثلاثة أيّام فمات العبد في الشرط، قال: «يستخلف بالله ما رضيه ثم هو بريئ من الضمان»[٢].

ومنها: صحيحة ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري الدابّة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين، فيموت العبد والدابّة، أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري»[٣].

---

١. تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٣، وانظر المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٣٠.

٢. وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٢.

٣. المصدر السابق.

ومنها: ما جاء في رواية عبد الرحمان: «ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه»[١].

ودلالة هذه الأخبار على القاعدة واضحة.

ونوقشت القاعدة بعدم عمومها إذا كانت أدلّتها أمثال ذلك الاخبار؛ لصراحة تلك الأخبار بخيار المشتري دون خيار البائع، وبعدم دلالتها على غير خياري الشرط والحيوان إلّا بتنقيح المناط وإلغاء خصوصية كون الخيار خيار شرط أو حيوان، وذلك لمخالفة الحكم للقواعد الأوّلية، فينبغي الاقتصار فيه على مورده.

الدليل الثاني: الإجماع

وادّعاه صاحب الرياض ومفتاح الكرامة والبلغة[٢] وغيرهم من علماء الإمامية، قال في البلغة: والأصل فيه ـ قبل الإجماع ـ صحيحة ابن سنان.

وناقش بعض الفقهاء دعوى الإجماع، بأنّ استناد بعضهم إلى تلك الروايات يكون هو الدليل، ومعه فلا يكون الإجماع في مثله حجّة[٣].

الدليل الثالث: كون الحكم مقتضى القواعد

إنّ ملكية صاحب الخيار للعوض الذي أخذه أو أعطاه، متزلزلة؛ لأنّه متمكّن من فسخ المعاملة وإرجاع ما أخرجه عن ملكه، فإذا تلف ما استلمه فهو بمنزلة فسخه للمعاملة، لأنّه شرط الخيار للتروّي، فيبقي المعاملة إذا كانت في صالحه ويفسخها إذا لم تكن في صالحه، فإذا تلف المبيع فلا مجال للتروّي، فتنفسخ المعاملة ويعود ملكه إليه ويذهب التالف من ملك من لا خيار له.

---

١. المصدر السابق.

٢. رياض المسائل ١: ٥٢٩، مفتاح الكرامة ٤: ٥٩٨، بلغة الفقيه ١: ١٩٧.

٣. قواعد البجنوردي ٢: ١١٠.

ونوقش هذا الاستدلال بأنّه لا يكون منشأ لحكم شرعيّ؛ إذ القاعدة الأوّلية تقتضي تمامية المعاملة بالقبض وبها صار المبيع ملك المشتري، فإذا تلف فلا ضمان أصلاً؛ لأنّه تلف في ملكه، ولا معنى لضمان البائع له؛ لأنّه أجنبيّ بعد تمامية المعاملة، إلّا إذا قلنا بما روي عن الشافعيّ[١] وعن أحمد في روايةٍ ذكرها ابن رجب من أنّ الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار، فعلى هذه يكون الملك للبائع[٢].

عموم القاعدة

لو كانت القاعدة مورد نصّ أو معقد إجماع لأمكن التمسّك بإطلاقها، فتشمل الثمن والمبيع ومطلق الخيار، غير أنّ دليلها هو ما عرضناه من الأخبار، وقد سبق بيان قصورها عن التعميم. فلابدّ من الوقوف على مورد النصّ؛ لاقتصاره على خيار الحيوان والشرط وكون التلف عند المشتري إذا كان له الخيار، وإذن فالمناط في عدم ضمان البائع بعد انتهاء خيار الحيوان والشرط هو انتهاء مدّة الخيار الذي تستقرّ به ملكية المشتري، ولا يمكن له الفسخ، ولو استفيد من تلك الأخبار بشكل باتٍّ أنّ المناط في عدم الضمان إنّما هو استقرار الملكية وأُلغيت خصوصية كون المتعاقد مشترياً، لأمكن تسرية الحكم إلى جميع الخيارات وشموله لخيار البائع أيضاً، باعتبار أنّ الملكية في زمن الخيار غير مستقرّة، فيكون التلف من مال من لا خيار له.

وخلاصة ما يقال: إنّ هناك صوراً هي:

الأُولى: إذا تلف الثمن في يد البائع والخيار للمشتري فلا ضمان على أحد؛ لأنّ ملك البائع قد تلف في يده.

---

١. وذلك في ملك المبيع في زمن خيار المجلس وخيار الشرط، انظر المجموع شرح المهذّب ٩: ٢٣٠.

٢. قواعد ابن رجب: ٤٠٨.

الثانية: إذا تلف الثمن في يد البائع والخيار له فقط، فإن اقتصرنا على مورد النصّ فالتلف من نصيب البائع، وإن قلنا بعموم القاعدة للبائع والمشتري فالضمان على المشتري؛ لعدم وجود خيار له.

الثالثة: إذا كان الخيار للبائع فقط وتلف المبيع في يد المشتري فقد تلف في ملكه ولا ضمان على البائع.

الرابعة: إذا تلف المبيع في يد المشتري والخيار له فقط، فالتلف على البائع إذاكان خيار حيوان أو شرط للنصّ، أمّا ما عداهما من الخيارات فمبنيّ على الاختلاف السابق في عموم القاعدة لكلّ الخيارات وعدمه.

الضمان في القاعدة هو المسمّى

إنّ ضمان البائع لما تلف في يد المشتري هل هو المسمّى أو الواقعيّ من المثل أو القيمة؟ وتوضيحه: لو باع زيد كتابه إلى خالد بقلم، وتلف الكتاب في يد خالد في مدّة خياره، فهل لخالد أن يطالب زيداً بالثمنالمسمّى ـ وهو القلم ـ أو لا يستحقّ منه إلّا مثل الكتاب التالف أو قيمته إن لم يوجد مثله؟

يبدو أنّ الراجح ـ كما ذهب إليه قسم من الفقهاء ـ هو ضمان البائع للمسمّى، ودليله ما سبق أن عرضناه في قاعدة المبيع قبل القبض بانفساخ المعاملة آناً ما قبل التلف، فيكون التالف في ملك البائع، لا أنّ غرامته عليه حتى يلتزم المشتري بمثله أو بقيمته.

ثانياً: الضمان حيث لا خيار

الفسخ والانفساخ

إنّ العقد النافذ اللازم لا يمكن التحلّل منه بإرادة أحد المتعاقدين وإرجاع العوض الطرف الثاني، لأنّ الغاية من العقد قد تمّت، فإذا هلك العوض كان من

نصيب المالك الأخير، ومع أنّ العقد اللازم في القمّة من الرقيّ فقد يعتوره ما يؤدّي إلى انحلاله أحياناً، وذلك في حالتي الفسخ والانفساخ، والحديث عنهما يقع في أمرين، هما:

١ ـ ضمان المنفعة، ويتمثّل في الإجارة.

٢ ـ ضمان العين، ويتمثّل في تلف الثمان بالجوائح.

١ ـ ضمان المنفعة ويتمثّل في فسخ الإجارة

قالوا: إنّ الأسباب التي تدعو لفسخ الإجارة أو انفساخها قد ترجع للعين المستأجرة، كما لو تلفت أو وجد عيب فيها، وقد ترجع للأُجرة كما لو لم يستلمها، أو للعذر كالخوف العامّ[١].

وقد توسّع الحنفية في مجال العذر أكثر من بقية المذاهب. ومهما يكون من شأن في الاختلاف في الموجبات للفسخ أو الانفساخ؛ إلّا أنّ إجارة العين تختلف عن البيع في كون القبض وحده غير كافٍ في تخلّص المؤجر من تبعة الهلاك وعدم الضمان، بل لابدّ من بقاء المنفعة واستمراريتها، فبحدوث عذر عامّ أو هلاك العين أو فوات منفعتها فإنّ ذلك يعني فوات محلّ العقد فتفسخ الإجارة، ولا يتحمّل المستأجر أُجرة ما بقي من المدّة. والمعروف أنّ الأُجرة المسمّاة تثبت بنسبة ما مضى من المدّة أو المنفعة[٢]، إلّا في قول للشافعية هو: أنّ فيه أُجرة المثل، لأنّ الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه[٣].

---

١. انظر الموضوع في جملته: اللمعة الدمشقية ٢: ٨، الهداية في شرح البداية ٣: ٢٤٩ و٣٣٤، المغني ٥: ٣٧٥ و٣٩٠، الحطّاب ٥: ٤٣٢، مناهج الهداية: ١٧٨.

٢. الشرائع: ١٤٥، المنهاج ٦: ١٨٦.

٣. التكملة الثانية، مجموع المهذّب ١٤: ٣٢٨ ـ ٣٢٩.

٢ـ ضمان العين فيما تتلفه الجوائح

الجائحة: هي ما يصيب الثمر من السماء، كالبرد، فيؤدّي إلى تلفه.

ويرى المالكية ويتّفق معهم الحنابلة، أنّ ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع وإن كان المتصرّف فيه فعلاً هو المشتري.

وقد اتّفق المالكية والحنابلة في مسائل واختلفوا في أُخرى، اتّفقوا في أنّ ما يصيب الثمر من السماء، هو جائحة، وأنّ محلّ الجوائح هو الثمار، وأنّ إصابة الثمر بالثلث فأكثر موضع اتّفاق كما يبدو.

واختلف فقهاء المذهبين بل المذهب الواحد فيما بينهم في مسائل أُخرى، مثل اختصاص الجائحة بما كان من السماء وحسب، أو هي تشمل أعمال الآدميّين التي لا يمكن التحرّز عنها، أو هي أعمّ من كلّ ذلك فتشمل كلّ صنع لآدميّ ما عدا المشتري، كما اختلفوا في إلحاق البقول بالثمار، وفي تحديدها بالثلث أيضاً[١].

واستدلّ القائلون بوضع الجوائح بما روي عن الرسول ﷺ في من باع ثمراً فأصابته جائحة: «فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً، علام يأخذ أحدكم مال أخيه؟»[٢].

قال ابن قدامة: وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه[٣].

غير أنّ الشافعي لم يثبت عنده أنّ رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح[٤].

واستدلّ القائلون بتضمين المشتري بروايات، منها: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ فعالجه وأقام عليه حتى يتبيّن له النقصان، فسأل ربّ الحائط

---

١. انظر الموضوع: بداية المجتهد ٢: ١٨٤، المغني ٤: ٩٤.

٢. سنن ابن ماجة ٢: ٧٤٧، وقريب من لفظه ما جاء في منتقى الأخبار ٥: ١٨٨ وقال عنه: رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة. وقال الشوكاني: وفي الباب عن عائشة عند البيهقي بنحوه، وفي إسناده حارثة بن أبي الرجال وهو ضعيف، ولكن في الصحيحين عنها مختصراً: نيل الأوطار ٥: ١٨٨.

٣. المغني ٤: ٩٥.

٤. الأمّ ٣: ٥٧.

أن يضع، فحلف أن لا يفعل. فذهبت أُمّ المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: «تألى أن لا يفعل خيراً»[١].

مناقشة ورأي

يبدو أن ما روي بوضع الجوائح لم يثبت بشهادة الشافعي، وأنّ حديث «تألى أن لا يفعل خيراً» متّفق عليه، كما قاله ابن قدامة نفسه، وهو ظاهر في عدم وضع الجوائح.

وإذا رجعنا إلى أُصول استنباط الأحكام، فهي تقضي بالأخذ بما صحّ، فضلاً عمّا اشتهر أو اتّفق عليه، ولو سلّمنا أنّ كلّاً من الروايتين أو الروايات صحيحة، فالقواعد الأُصولية تقضي أيضاً عند ورود روايات متكافئة في الصحّة والشهرة وما شاكل تساقط تلك الروايات والرجوع إلى القواعد العامّة.

والمعاملة العوضية لمّا كانت بيعاً فينبغي إخضاعها لتلك القواعد، وقد مضى الحديث عن هلاك المبيع بعد القبض وأنّه من نصيب المشتري وقبله من نصيب البائع، وسبق القول أيضاً أنّ القبض لم يرد في تحديده نصّ من الشارع، فيحمل على ما يراه العرف فيه[٢]، فإذا رأى أنّ التخلية في الثمار وهي على الأشجار قبض ثم هلكت فهي من المشتري، ولا فرق في ذلك بين الجائحة وغير الجائحة من صنع الآدميّين، غاية الأمر أنّ المشتري يرجع على من أتلف منه شيئاً بالمثل أو القيمة. أمّا إذا هلك قبل التخلية أو ما يعدّ قبضاً لدى العرف فهو من مال البائع.

---

١. مسند الشافعي: ٣٨٧، ونظيره في الموطّأ ٢: ٥٢. ومن الروايات ما جاء في منتقى الأخبار ٥: ٢٥٥: وعن أبي سعيد قال: أُصيب رجل على عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال: تصدّقوا عليه، فتصدّق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاءَ دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلّا ذلك» رواه الجماعة إلّا البخاري.

٢. راجع: ١٦٧.

الاستيفاء بالأمر المعاملي

قد تقتضي مصلحة شخص أن يطلب من آخر صرف ماله، أو استيفاء عمله المحترم، كما لو قال له: أعتق عبدك عنّي أو احمل متاعي هذا. فإذا استجاب المأمور للطلب فأعتق العبد أو حمل المتاع، فإنه والحال هذه ـ إذا لم يقصد التبرّع ـ يستحقّ من الآمر عوض ما بذله لأمره وفي سبيله، لقاعدة (الاحترام)[١].

يقول المطيعي: إذا قال لغيره في البحر... ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، فألقاه، وجب على المشتدعي ضمانه....، واستدلّ له أنّه استدعاه إتلاف ملك لغرض صحيح فصحّ[٢].

وجاء في المادّة ٥٦٣ من مجلّة الأحكام: لو خدم أحد آخر بناءً على طلبه من دون مقاولة على أُجرة فله أُجرة المثل[٣].

فإذا اتّفقا عند الالتزام والتعهّد على تعيين العوض فهو، وإلّا ضمنه الآمر بمثله أو قيمته. ومن هذا يتّضح أنّ عملية استيفاء عمل الغير أو ماله مع ضمان العوض للمأمور ووقوع ذلك باختيار الطرفين، تتمثّل فيها متطلّبات المعاملات الصحيحة من وجود الطرفين والعوضين، فتكون المعاملة معاملةً عوضيةً مستقلّةً ومشمولةً بآية التجارة عن تراضٍ وغيرها.

إيرادان:

وأهمّ ما يبدو من تخلّف هذه المعاملة عن بقيّة المعاملات أمران:

أوّلهما: عدم ملكية المستوفي للعوض، فهو كالمضمون في ضمان الغرامة ومن شروط العوضين أن يكونا مملوكين.

وثانيهما: عدم معلومية العوض إذا لم يعيّن عند الالتزام، والجهل به يفضي إلى

---

١. تحرير المجلّة ١: ٨٨.

٢. التكملة الثانية، مجموع المهذب ١٣: ٤٦٣.

٣. انظر تحرير المجلّة ٢: ١٩٨.

الغرر الممنوع.

ومجمل الجواب عن الإيرادين بما هو آتٍ:

١ ـ ملكيّة العوض:

إذا لم ينازع في أنّ ضمان الغرامة الحاصل باليد أو الإتلاف يدخل أيضاً في ملك الضامن آناً مّا ـ كما قيل ـ[١] يمكن القول بأنّ الضمان بالأمر المعاملي يختلف عن ضمان الغرامة، فهو يقتضي دخول المضمون في ملك الآمر عند الاستيفاء ولو بآنٍ ما. وهذا الملك التقديريّ له نظائر في الشرع كدخول الدية في ملك المقتول[٢]، وكمن يشتري أحد أبويه فينعتق عليه قهراً؛ لأنّه لا عتق إلّا في ملك[٣].

يقول ابن رجب: إذا قال رجل لآخر: أعتق عبدك عنّي وعليّ ثمنه، فقال القاضي في خلافه: هو استدعاء للعتق والملك يدخل تبعاً وضمناً؛ لضرورة وقوع العتق له، وصرّح بأنّه ملك قهريّ، حتى أنّه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً والمستدعي كافراً، مع أنّه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق[٤].

وإذن فمادام هناك في الشرع نظائر للملك التقديريّ، فلا مانع أن تكون معاملة الاستيفاء بالأمر المعامليّ مثلها. وبه يكون العوض الذي يمتلكه المضمون له في قبال ما استوفاه الضامن منه وملكه ملكاً وقتياً.

٢ ـ غررية المعاملة:

وأمّا موضوع الإيراد الثاني ـ وهو عدم معلومية العوض إذا لم يعيّن عند الالتزام

---

١. شرح بلغة الفقيه ١: ١٥٢.

٢. يقول ابن نجيم في الأشباه: ٣٤٦: ودية القتيل يملكها أوّلا ثم تنقل إلى الورثة.

٣. جاء في مختصر خليل ٦: ٣٣٣: وعتق بنفس الملك الأبوان. وقال في مواهب الجليل: فمن دخل في ملكه أحد عموديه.... عتق عليه.

٤. قواعد ابن رجب: ٣٢٤.

وأنّ الجهل به يفضي إلى الغرر ـ فيقال فيه: إنّ الغرر عمل لا يؤمن معه الضرر، فإذا استلزم الجهل الغرر والمخاطرة كان مفسداً، إلّا أنّ تشخيص الموضوعات الخارجية، وأنّ في هذا الفرد خطراً أو لا، قد يناط أمره بيد العرف، ولمعرفته عندهم وسائل متعدّدة، والجهل بموضوع البحث لا يترتّب عليه خطر مادام مقدّراً بمثله أو قيمته العرفية مسبقاً، بل هو أوضح من موارد أفتوا بصحّتها أو هو نظيرها، فقد صحّحوا بيع من يملك صبرةً من الحنطة لا يعلم مقدارها، كلّ منّ منه بدينار، وصحّحوا أيضاً بيع الإنسان مال نفسه مع مال غيره بإذن منه وهو يجهل حين البيع ما يقع من الثمن بإزاء ماله[1]، ومثله الحقّ المضمون فيجوز ضمانه وإن جهله ما لم يكن عن تردّد وإبهام، كما أشارت إليه المجلّة في المادّة ٦٣٠، قال في تحرير المجلّة: والضابطة للصحّة أن يقصد شيئاً له واقع يشير إليه ولو إجمالاً، بخلاف ما لو لم يكن له واقع كأحد الدينين أو أحد الشخصين، فإنّ واقعه الترديد لا التعيين[2].

وقال الحجاويّ والبهوتي: ولا تصحّ الكفالة ببعض الدين مبهماً كجزء منه أو حظّ أو شيء، لأنّه مجهول لا يؤول إلى العلم[3].

وإذن فمجرّد الجهل غير كافٍ في المنع؛ لعدم الملازمة بين الجهل والغرر دائماً، فليكن موضوع البحث منها.

والخلاصة: فالمعاملة غير غررية مادام العوض مقدّراً بمثله أو قيمته، وما فيه من جهل عند الالتزام لا يترتّب عليه خطر، وإذا صحّ هذا فلا حاجة لتجشّم دفع عنصر الغرر الممنوع في المعاملة عند ما لم يعيّن العوض، بأنّه مخصّص بالإجماع ـ كما قاله بعضهم ـ أو أنّه مختصّ بالبيع، أو ما شاكل.

---

١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٤٧٣ و ٤٩٠.

٢. تحرير المجلّة ٢: ٢٤٣.

٣. كشّاف القناع عن متن الإقناع ٣: ٣٦٨.

الفصل الثاني

العقود المضمّنة بالشرط

صرّح الفقهاء بأنّ الأصل في قسم من متعلّقات العقود هو عدم ضمانها؛ لعدم ابتناء عقودها على الالتزام الضماني. ثم اختلفوا بعد ذلك في قبول هذه المتعلّقات للضمان بالشرط وعدمه.

والحديث حول قبولها للضمان بالشرط وعدمه، يمكن توزيعه بلحاظ وجود العين المشترط ضمانها عند الضامن حال التلف أو عند صاحبها إلى مبحثين:

١ ـ ضمانها وهي في يد الضامن.

٢ ـ ضمانها وهي في يد المضمون له.

ويقع الحديث في المبحث الأوّل عن عقود الأمانات وما يشبهها من الهبة المعوّضة، وفي المبحث الثاني عن عقد (التأمين) بناءً على أنّه من العقود المضمّنة بالشرط.

المبحث الأوّل

ضمان الأمانات وما يشبهها

ونجعل الحديث عن ضمان الأمانات أصلاً للبحث، ومن خلاله يتّضح الكلام فيما يشبهها. وهو يقع في جهتين:

الأُولى: ما يقتضيه الأصل من ضمانها وعدمه.

الثانية: تحقّق الضمان بها بالشرط وعدمه.

الجهة الأُولى: ما يقتضيه الأصل

والذي يقتضيه الأصل ـ كما يبدو من الفقهاء ـ هو عدم ضمان الأمين، وانتزعوا من ذلك قاعدة «لا ضمان على مؤتمن» وإن دخل على بعض مصاديقها تحفّظات ربما تبدو من نقل أقوال العلماء فيها، كما هو الشأن في العارية، كما دخلت بعض القيود على هذه القاعدة أيضاً، كاشتراط عدم التعدّي والتفريط.

والحديث الآن حول أدلّة هذه القاعدة ثم القيود والاستثناءات الطارئة عليها من قبل بعض الفقهاء.

قاعدة: «لا ضمان على مؤتمن»

أدلّة القاعدة

الدليل الأوّل: قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[١].

ووجه الاستدلال بالآية هو أنّ كلمة «سبيل» نكرة في سياق النفي، فهي تفيد العموم، فجعل الضمان في عهدة الأمين وهو محسن، سبيل منفيّ بالآية.

وذكر تقريب آخر مفاده: أنّ الآية تقرير لحكم عقليّ، يتلخّص في أنّ الأمين من غير تعدٍّ أو تفريط محسن إلى المالك، فإذا هلك المال من غير إتلاف منه مع كونه متّجهاً إلى حفظه فالعقل يستقبح ضمانه آنذاك.

وأُورد عليه أنّ هذا الدليل أضيق من المدّعى؛ لأنّه لا يشمل جميع الأُمناء والمأذونين، فمثل مستعير العارية لا يعدّ محسناً للمالك، بل إنّ تصرّفه لمصلحة نفسه[٢]. فإنّهم فرّقوا بين الوديعة والعارية بأنّ الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع، بخلاف العارية فهي لمنفعة القابض، وإذ أنّ الأمين لا ينتفع بالوديعة فلا يناسبه الضمان[٣].

الدليل الثاني: وردت جملة من الأخبار، مضمونها عدم ضمان الأمين، كقول الإمام عليّ عليه السلام: **«ليس على المؤتمن ضمان»**[٤]. وفي صحيح الحلبيّ عن الصادق عليه السلام: **«صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»**[٥]. وقال: **«ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن»**[٦].

الدليل الثالث: يستفاد من الفقهاء إجماعهم على أصل القاعدة، فقد نقله غير واحد منهم في بعض مصاديق الأمين.

---

١. التوبة: ٩١.

٢. قواعد البجنورديّ ٢: ٦ـ٧.

٣. مفتاح الكرامة ٦: ٦٩، بداية المجتهد ٢: ٣٠٩.

٤. مستدرك الوسائل ٢: ٥٠٤.

٥. تهذيب الأحكام ٧: ١٧٩.

٦. وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٧.

قال العامليّ وهو يتحدّث عن موجبات ضمان الوديعة: وينظّمها شيء واحد، وهو التقصير، ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالإجماع[١].

وقال في التذكرة: إنّ عدم الضمان منقول عن عليّ عليه السلام، وعن أبي بكر، وعمر، وابن مسعود، وجابر، ولم يظهر لهم مخالف فكان إجماعاً[٢].

وقال في المستمسك عند قول صاحب العروة: (العامل أمين فلا يضمن إلّا بالخيانة): بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه ولا إشكال.

وفي الجواهر: أنّه إجماعيّ[٣].

وقال ابن رشد عن الوديعة: اتّفقوا على أنّها أمانة لا مضمونة، إلّا ما حكي عن عمر بن الخطّاب[٤].

وقال الشعرانيّ: اتّفق الأئمّة كلّهم على أنّ الوديعة أمانة محضة، وأنّ الضمان لا يجب على المودع إلّا بالتعدّي[٥].

وقال في سبل السلام: الإجماع فإنّه وقع على أنّه ليس على الوديع ضمان إلّا ما يروى عن الحسن البصريّ أنّه إذا اشترط عليه الضمان فإنّه يضمن، وقد تؤوّل بأنّه مع التفريط[٦].

وذكر البجنورديّ إجماع الفقهاء على عدم ضمان الأمين[٧].

---

١. مفتاح الكرامة ٦: ١٠.

٢. تذكرة الفقهاء ٢: ١٩٨.

٣. جواهر الكلام ١٢: ٣٥٠.

٤. بداية المجتهد ٢: ٣٠٥.

٥. الميزان ٢: ٧٥.

٦. سبل السلام ٣: ١٠٨.

٧. القواعد الفقهية ٢: ٦.

ويؤيد دعوى الإجماع ظهور المفروغيّة من ذلك لدى الفقهاء، كما يبدو من ثنايا بحوثهم، فهم يعلّلون موارد عدم ضمان الأمين بكونه أميناً. ومن ذلك ما قاله الشيرازيّ: والعامل أمين فيما في يده، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن[١]. وانظر العروة والمغني وقواعد ابن رجب وغيرها[٢].

وتناقش دعوى الإجماع بأنّ المجمعين إذا كانوا قد استدلّوا على أصل القاعدة بمثل آية نفي السبيل والأحاديث، فيكون ذلك هو الدليل لا الإجماع.

الدليل الرابع: عدم وجود سبب لضمان الأمين، فإنّ أسباب الضمان ترجع في واقعها إلى الإتلاف أو اليد، أمّا الإتلاف فخارج عن موضوع المسألة؛ إذ الكلام فيما لو تلفت الأمانة لا ما إذا أتلفها الأمين، وأمّا اليد فإنّها تكون موجبةً للضمان فيما إذا كانت عاديةً أو غير مأذونة، فإن كان المراد بها هي اليد الأُولى، فيد الأمين ليست بعادية سواء كانت الأمانة مالكية كالعين المستأجرة أو أمانة شرعية كأموال القاصرين بيد الحاكم الشرعيّ، وإن كان المراد بها هي غير المأذونة من قبل الشارع أو المالك، فيد الأمين مأذونة من قبل أحدهما[٣].

وإذن فالحكم المستفاد من الأدلّة السابقة هو مفاد قاعدة «لا ضمان على مؤتمن».

ولكن هل القاعدة لا تختلف في جميع مصاديقها حتى لو قصّر الأمين أو اشترط عليه ضمانها مثلاً؟ هذا ما يكشفه لنا الحديث القادم، وذلك بإثبات نصوصهم في هذا المجال أوّلاً، لنرى بعدها دليلهم عليها.

---

١. المهذّب ١٤: ٢١٥.

٢. العروة الوثقى: ٦١١، المغني ٥: ٦٣، قواعد ابن رجب: ٦٠ ـ ٦٢.

٣. قواعد البجنورديّ ٢: ٤.

قيود في القاعدة

قيّد الفقهاء عدم ضمان الأمانة بعدم التعدّي أو التفريط، كما هو واضح من نصوصهم في الباب.

جاء في جواهر الكلام: الإجماع بقسميه على ضمان كل أمانة عند التعدّي[١].

وقال الطباطبائي: العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعيبها إلّا بالتعدّي أو التفريط[٢].

وجاء في الأزهار: وهي أمانة فلا تضمن إلّا لتعدٍّ[٣]. وقال مالك بضمان عامل القراض إذا تعدّى[٤]، وقال ابن رشد: وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنّه لا ضمان على صاحب الوديعة إلّا أن يتعدّى[٥]، وقال في المختار عن الوديعة: وهي أمانة إذا هلكت من غير تعدٍّ لم يضمن[٦]، وكذا قال عن العارية[٧].

وقال الشيرازيّ: والوديعة أمانة في يد المودع فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن[٨]، وكذا قال عن عامل المضاربة[٩].

وقال المقدّسي الحجاويّ عن الوديعة: وهي أمانة لا ضمان عليه فيها، إلّا أن

---

١. جواهر الكلام ٤: ٥٢٢.

٢. العروة الوثقى: ٥٧٣، وانظر أيضاً قوله عن الأعيان غير المضمونة في: ٦٧٤.

٣. شرح الأزهار ٣: ٥١٠.

٤. موطأ مالك ٢: ٩٢.

٥. بداية المجتهد ٢: ٣٠٦.

٦. المختار ٣: ٢٥.

٧. المختار ٣: ٥٦، وانظر: مجمع الأنهر ٢: ٢٧٤.

٨. المهذّب ١٤: ٩.

٩. المصدر السابق: ٢١٥.

يتعدّى أو يفرّط[1]، وكذا ما قاله عن الوكيل وعامل المضاربة[2].

فهل ما ذكر من عدم التعدّي أو التفريط تقييدات للقاعدة، أو أنّها أجنبيّة عنها فهي بمنزلة الخارجة بالتخصّص؟

التعدّي والتفريط

التعدّي هو أمر وجوديّ يتجاوز به الأمين عن الحدّ المأذون فيه، مثل أن يتصرّف في الوديعة أو يعيرها.

التفريط هو التقصير في الحفظ بأن يترك أمراً يوجب تلف المال أو نقصاً فيه، كمن يهمل حفظ الأمانة في المكان المناسب للحفظ.

ويبدو أنّ التعدّي والتفريط مستفادان من الأدلّة والموارد التي حكم الشارع فيها بالضمان وإلّا فلم يرد دليل شرعيّ لهذين العنوانين[3].

ومن موارد التعدّي والتقصير في الروايات قول الإمام الصادق عليه السلام وقد سئل عن رجل تكارى دابّةً إلى مكان معلوم فنفقت الدابة ـ أي هلكت وماتت ـ قال الإمام: **«إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن لأنّه لم يستوثق منها»**[4] فقول الإمام «إن كان جاز الشرط» مثال للتعدّي، وقوله «لم يوثقها، ولم يستوثق منها» مثال للتفريط.

ومن المقصود بالتعدّي أو التفريط يبدو أنّ الأمين في حالة كونه متعدّياً أو مفرّطاً تنسلخ منه صفة الأمانة، فلا تشمله قاعدة «عدم ضمان الأمين» لتلبّسه بصفة أُخرى

---

1. الاقناع ٤: ١٦٧.
2. المصدر السابق ٣: ٤٨٤ و٥٢٢.
3. قواعد البجنوردي ٢: ٨.
4. وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٧.

هي الخيانة أو كونه غير أمين، فيكون ضامناً؛ لعموم قاعدة «على اليد»، وهذا يكشف أنّ حالتي التعدّي والتفريط ليس استثناءً من القاعدة وإنّما خروجاً عنها بالتخصّص.

ويمكن القول أنّ حكمهم بالضمان في كثير من الموارد المأذون فيها لم يكن القابض في أمثالها أميناً. ومن ذلك ضمان المستام فيما لو تلف المقبوض في يده مع أنّه مأذون من المالك في القبض. ومنه أيضاً ضمان المبيع لو تلف في يد المشتري وتبيّن فساد البيع، إلى غير ذلك.

وبه يتبيّن أن لا ملازمة بين الإذن والأمانة، فقد يكون الشخص مأذوناً وليس بأمين، وعلى ضوئه نفسّر بقية الموارد التي حكموا فيها بالضمان مع وجود الإذن ويكون تلف المقبوضات مضموناً لقاعدة «على اليد».

وفي بعض كلمات الفقهاء صراحة أو دلالة عليه، لذا جاء في تقسيمات اليد السابقة أنّ منها ما كانت مأذونة من غير ائتمان. قال القرافي في حديثه عن أسباب الضمان: وثالثها وضع اليد التي ليست بمؤتمنة. وقولي: ليست بمؤتمنة خير من قولي: اليد العادية، فإنّ اليد العادية تختصّ بالسرّاق والغصّاب ونحوهم، وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك..[1]. وتستفاد عدم الملازمة بين الإذن والائتمان أيضاً من البجنورديّ عند إجابته عن بعض ما أشكلوا به على عموم القاعدة المذكورة[2].

استثناءات من القاعدة: العارية

اختلفت كلمات الفقهاء حول شمول القاعدة للمستعير على أقوال، فقد نقل الكحلاني أنّ الأقوال في العارية ثلاثة:

---

١. الفروق ٢: ٢٠٧.

٢. القواعد الفقهية ٢: ١١.

الأوّل: أنّها مضمونة مطلقاً. الثاني: عدم ضمانها إلّا بالشرط. الثالث: عدم ضمانها وإن ضمّنت[١]. وذكرابن رشد والشعرانيّ وابن قيّم الجوزية وغيرهم قولاً رابعاً، وهو: يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بيّنة، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البيّنة على تلفه[٢]. ونقل ابن قيّم قولاً خامساً، هو ضمان العارية إلّا إذا اشترط عدم ضمانها[٣]. وهناك قول سادس لم يثبته الفقهاء السابقون، وهو ضمان خصوص عارية الذهب والفضّة[٤].

١ ـ الضمان مطلقاً:

ودليل القائلين بضمان العارية هو عموم حديث «على اليد ما أخذت» قال الكحلاني: وإليه ذهب ابن عباس، وزيد بن عليّ، وعطاء، وأحمد، وإسحاق، والشافعي لهذا الحديث، ولما يأتي ممّا يفيد معناه[٥] وهو قول الرسول ﷺ في حديث صفوان «بل عارية مضمونة» وقد ذكره ابن رشد قائلاً: ومن أخذ بحديث صفوان بن أُميّة ألزمه الضمان[٦].

ووجه الاستدلال: أنّ قوله ﷺ: «مضمونة» صفة موضحة[٧]، بمعنى أنّ العارية من شأنها الضمان، فيدلّ الحديث على ضمانها.

وناقشهم الكحلانيّ بأنّ حديث «على اليد» لا دلالة فيه على التضمين صراحةً

---

١. سبل السلام ٣: ٦٧.

٢. بداية المجتهد ٢: ٣٠٨، الميزان ٢: ٧٥، أعلام الموقّعين ٣: ٣٧٤.

٣. أعلام الموقعين ٣: ٣٧٤

٤. قواعد العلامة الحلّي ٦: ٧٠.

٥. سبل السلام ٣: ٦٧.

٦. بداية المجتهد ٢: ٣٠٩.

٧. سبل السلام ٣: ٦٨

فإنّ اليد الأمينة أيضاً عليها ما أخذت حتى تؤدّي، وأمّا حديث صفوان فظاهر الاشتراط[1].

٢ ـ ضمان العارية ما لم يشترط عدمه

ذكر ابن قيّم الجوزية القول بضمان العارية ما لم يشترط عدمه، قال: إنّه إن شرط نفي ضمانها لم يضمن، وإن أطلق ضمن، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد[2].

٣ ـ ضمان عارية الدنانير والدراهم أو مطلق الذهب والفضّة

والضمان في خصوص عارية الدنانير والدراهم من الذهب والفضّة هو المجمع عليه لدى فقهاء الإمامية كما نقله أكثر من واحد عنهم.

قال العامليّ: إذا كان الذهب والفضّة دنانير أو دراهم فلا خلاف في ضمانهما، وإنّما الخلاف في غيرهما من الذهب والفضّة، كالحلّيّ كما في جامع المقاصد والمسالك، وعليه الإجماع في الغنية والإيضاح والمفاتيح والرياض[3].

واستدلّوا لذلك بروايات، منها ما قاله أبو عبد الله الصادق عليه السلام: «**لا تضمن العارية إلّا أن يكون اشترط فيها ضماناً إلّا الدنانير، فإنّها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضمان**»[4].

والقول الآخر هو ضمان عارية الذهب والفضّة.

قال الشهيد الأوّل: ويضمن العارية باشتراط الضمان، وبكونها ذهباً أو فضّة[5]. وعقّب عليه الشهيد الثاني بقوله: سواء كانا دنانير ودراهم أم لا على أصحّ القولين؛ لأنّ فيه جمعاً بين النصوص المختلفة، وقيل يختصّ بالنقدين استناداً

---

١. سبل السلام ٣: ٦٧ ـ ٦٨.

٢. أعلام الموقّعين ٣: ٣٧٤.

٣. مفتاح الكرامة ٦: ٧٠.

٤. تهذيب الأحكام ٧: ١٨٣.

٥. اللمعة الدمشقية والروضة البهيّة ١: ٣٤٩.

إلى الجمع أيضاً[١].

٤ ـ عدم الضمان مطلقاً

وإليه ذهب الحنفيّة وابن حزم، قال في ملتقى الأبحر ومجمع الأنهر: ولو هلكت بلا تعدٍ فلا ضمان، ولو بشرط الضمان فأنه شرط باطل[٢].

وقال ابن حزم: والعارية غير مضمونة أن تلفت من غير تعدي المستعير[٣] وذكر أنّ شرط الضمان شرط ليس في كتاب الله عزّ وجلّ فهو باطل[٤].

واستدلّ القائلون بعدم ضمان العارية وإن شرط فيها الضمان بحديث: «ليس على المستعير غير المغلّ، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان»[٥].

قال ابن رشد: وروي عنه أنّه قال: ليس على المستعير ضمان. فمن رجّح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه، إلّا أنّ رأي ابن رشد في هذا الحديث أنّه غير مشهور وحديث صفوان صحيح[٦].

وناقشهم الكحلانيّ أيضاً بضعف حديث «غير المغلّ» قائلاً: أخرجه الدارقطنيّ والبيهقيّ عن ابن عمر وضعّفاه وصحّحا وقفه على شريح. هذا أوّلاً، وثانياً لأنّ المراد ليس عليه ذلك من حيث هو مستعير، لأنّه لو التزم الضمان للزمه[٧].

٥ ـ الضمان بالشرط

---

١. المصدر السابق.

٢. مجمع الأنهر ٢: ٢٧٤.

٣. المحلّى بالآثار ٩: ١٦٩.

٤. المصدر السابق: ١٧٠.

٥. مجمع الأنهر ٢: ٢٧٤، والرواية في سنن الدارقطني ٣: ٤١ وقال: عمرو وعبيدة ضعيفان.

٦. بداية المجتهد ٣: ٣٠٩.

٧. سبل السلام ٣: ٦٧.

ونقل الإجماع عليه لدى فقهاء الإمامية[١]، وذهب إليه فقهاء آخرون، ومن النصوص في نفوذ الشرط ما قاله العلّامة الحلّي: العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلّا بالتفريط في الحفظ أو التعدّي أو اشتراط الضمان[٢].

وقال الكحلانيّ عن نفوذ الشرط: إنّه أوضح الأقوال[٣]. وقال ابن نجيم: والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونةً عندنا في رواية[٤].

وقال في مجمع الأنهر: صاحب الجوهرة جزم بأنّ العارية تصير مضمونةً بشرط الضمان ولم يقل في رواية[٥].

واستدلّ القائلون بعدم ضمان العارية إلّا بالشرط بروايات، منها: حديث صفوان، وهو: أنّ النبيّ ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة»[٦]. ومنها رواية يعلى ابن أُميّة، وهي: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً». قلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤدّاة؟ قال: «بل عارية مؤدّاة»[٧]. قال الكحلانيّ: والحديث دليل لمن ذهب إلى أنّها لا تضمن العارية إلّا بالتضمين[٨].

---

١. مفتاح الكرامة ٦: ٦٩.

٢. القواعد ٦: ٦٩.

٣. سبل السلام ٣: ٦٩.

٤. الأشباه والنظائر: ٩٩.

٥. مجمع الأنهر ٢: ٢٧٤.

٦. بلوغ المرام ٣: ٦٩ وقال: رواه أبو داود وأحمد والنسائي، وصحّحه الحاكم. وجاءت الرواية في وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٦ و ٢٣٩ ونظيرها ما جاء في تهذيب الأحكام ٧: ١٨٢.

٧. بلوغ المرام ٣: ٦٩ وقال: رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وصحّحه ابن حبّان.

٨. سبل السلام ٣: ٦٩.

ووجه الاستدلال بالرواية الأُولى: أنّ كلمة «مضمونة» كما يحتمل فيها أنّها صفة موضحة، يحتمل أيضاً أنّها صفة للتقييد، وهو الأظهر؛ لأنّها تأسيس ولأنّها كثيرة، ثم ظاهره أنّ المراد عارية قد ضمناها لك[١].

٦ ـ القول بالتفصيل:

وهو إن كان التلف بأمر ظاهر كالحريق وخراب الدار فلا ضمان، وإن كان بأمر لا يطّلع عليه كدعوى سرقة الجوهرة أو السكّين مثلاً ففيه الضمان[٢]، وقال عنه ابن رشد: ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه[٣] إذا لم يكن على التلف بيّنة، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البيّنة على تلفه، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه[٤].

ودليلهم الجمع بين رواية صفوان ورواية «ليس على المستعير ضمان» بحمل حديث صفوان على ما يغاب عليه، وحمل الأُخرى على ما لا يغاب عليه.

ويبدو من ابن رشد عدم الأخذ بهذا الرأي وإن كان هو المشهور من رأي مالك، وذلك لأنّه عقّب بعد ذكره لاستدلالهم بقوله: إلّا أنّ الحديث الذي فيه «ليس على المستعير ضمان» غير مشهور، وحديث صفوان صحيح[٥].

مناقشة الأدلّة

إنّ بعض الاستدلالات السابقة تبدو عليه ملاحظات، هي:

١ ـ إنّ الاستدلال على ضمان العارية بعموم حديث «على اليد» يقال فيه: إنّ

---

١. سبل السلام ٣: ٦٨.

٢. أعلام الموقّعين ٣: ٣٧٤.

٣. الغيب: الشكّ. غيابة كلّ شيء: ما سترك منه.

٤. بداية المجتهد ٢: ٣٠٨.

٥. المصدر السابق: ٣٠٩.

العارية خرجت بروايات عدم ضمان المستعير. هذا على القول بالتخصيص، وأمّا إذا قلنا بخروج العارية والأمانة عن الحديث بالتخصّص، فلا عموم فيه ليشمل العارية.

٢ ـ إنّ ما قاله الكحلاني من أنّ حديث «على اليد» لا دلالة فيه صراحةً على الضمان، وأنّ اليد الأمينة أيضاً عليها ما أخذت حتى تؤدّي

يقال فيه: إنّ الحديث دالّ على الضمان، وقد مرّ الكلام فيه مستفيضاً[1].

٣ ـ إنّ الاستدلال بحديث «غير المغلّ» على عدم ضمان العارية حتى بالتضمين، يقال فيه بأنّه لا مانع من الجمع بين هذه الرواية ورواية صفوان خاصّة، وأنّها ظاهرة في اشتراط الضمان، بل إنّ جملة من الروايات صريحة بمضمون كلّ من الروايتين، وأنّ بعضها دلَّ على الجمع بين المضمونين بنصّ واحد، كقول الإمام الصادق عليه السلام: «إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلّا أن يكون اشترط عليه»[2].

٤ ـ ويرد على ابن حزم أوّلاً: أنّ الشرط الباطل ما كان مخالفاً لكتاب الله عزّ وجلّ لا ما لم يذكر فيه. وثانياً: أنّ المقصود بكتاب الله أعمّ من كونه نصّاً قرآنياً أو سنّةً نبويّةً، وقد رأينا من نصوص السنّة النبويّة ما جوّز اشتراط الضمان.

٥ ـ إنّ قول الكحلاني في الردّ على الحسن وأبي حنيفة: لأنّ المراد ليس عليه ذلك من حيث هو مستعير؛ لأنّه لو التزم الضمان للزمه، صحيح فيما استفاده من الحديث وهو عدم ضمان العارية، لكن قوله: لو التزم الضمان للزمه، هو موضع النزاع، وهو المحتاج إلى الدليل، وكان ينبغي أن يقول: لرواية صفوان خاصّة، وقد استظهر منها الاشتراط.

٦ ـ إنّ ما ذكره ابن رشد عن حديث «ليس على المستعير ضمان» من أنّه غير مشهور وحديث صفوان صحيح، فلا حاجة لحمل أحدهما على ما يغاب وحمل

---

١. راجع: ٧٥ و٧٦.

٢. وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٦.

الآخر على ما لا يغاب، كما يبدو منه.

يقال فيه: لا مانع من الأخذ بغير المشهور مادام صحيحاً، ولذا استدلّ به مالك وابن القاسم وأكثر أصحابه، ولكنّ الذي يقال في ذلك الحمل: إنّه لا دليل عليه خاصّة، وأنّ رواية صفوان ظاهرة في الاشتراط.

الرأي المختار

والرأي المحصّل من مجموع الأدلّة: أنّ العارية أمانة غير مضمونة، ولكنّها بالشرط تضمن؛ لصراحة بعض الأحاديث بالتضمين بالشرط، ولإمكانية الجمع بين الروايات المطلقة في عدم ضمان العارية والروايات الدالّة على صحّة التضمين من دون حاجة إلى طرح بعض ما صحّ منها أو حمله على غير ظاهره، وبذلك يخرج حديث «على اليد» عن عمومه، ويكون المقصود منه هو اليد غير الأمينة، بالإضافة إلى الأدلّة العامّة الآمرة بالوفاء بالشروط، كقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

الجهة الثانية: اشتراط الضمان على الأُمناء

الفقهاء فريقان في شأن نفوذ شرط الضمان وعدمه على الأمين بمعناه الأعمّ، كالمستعير والمستأجر وعامل المضاربة وغيرهم.

أوّلاً: القائلون بالنفي

وقد رأينا بعض أقوالهم في الحديث عن ضمان العارية، ونضيف هنا بعض النصوص الأُخرى، قال الطباطبائي: العين المستأجرة في يد المستأجر أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعيّبها إلّا بالتعدّي أو التفريط. ولو شرط المؤجّر عليه ضمانها بدونهما فالمشهور عدم الصحّة[٢].

---

١. تهذيب الاحكام ٧: ٣٧١، فتح الباري ٤: ٣٧١.

٢. العروة الوثقى: ٥٧٣.

وقال في مجمع الأنهر: واشتراط الضمان على الأمين باطل، وبه يفتى كما في أكثر المعتبرات[١].

وقال الشيرازي: فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً[٢].

وقال الحجاويّ والبهوتيّ: وإن شرط ربّ الوديعة عليه ضمانها أو قال: أنا ضامن لها لم يضمن، وكذلك كلّ ما أصله الأمانة كالرهن والعين المؤجّرة والموصى بنفعها ونحوها، لا يصحّ شرط ضمانها[٣].

أدلّة النافين

ومجمل ما استدلّ به القائلون بعدم نفوذ شرط الضمان على الأمين هو:

١ ـ إنّ شرط الضمان على الأمين مخالف للشرع، فلا يكون نافذاً.

٢ ـ إنّ قبول الوديعة إحسان محض، والضمان لا يناسبه.

٣ ـ منافاة الاشتراط لمقتضى العقد.

٤ ـ إنّ شرط الضمان من قبيل شرط النتيجة، وهو غير صحيح.

ونولّي أدلّة النافين بشيء من التفصيل مع ما نوقشت به أو يمكن أن تناقش به، لنرى مدى التقاء أدلّة الطرفين مع صحّة الاشتراط أو عدمه.

الدليل الأوّل: إنّ الشارع المقدّس لم يضمّن الأمين ما لم يتعدّ أو يقصّر، فاشتراط الضمان عليه شرط مخالف لما شرعه الله وكتبه على عباده، وكلّ شرط خالف الشرع غير نافذ.

وبإيضاح أكثر: من المعروف في الشريعة الإسلامية أنّ الأمين غير ضامن للأمانة

---

١. مجمع الأنهر ٢: ٢٦٧.

٢. المهذّب ١٤: ٩.

٣. الإقناع وكشّاف القناع ٤: ١٦٨.

ما لم يخنها أو يقصّر في حفظها، بدليل قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[١] وقول الإمام عليّ عليه السلام: «ليس على المؤتمن ضمان»[٢]، وقول الإمام الصادق عليه السلام: «ليس على مستعير عارية ضمان»[٣]، وبرواية عمرو بن شعيب: ليس على المستعير غير المغلّ ضمان، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان[٤].

فإذا اتّضح من تلك الأدلّة وأمثالها عدم ضمان الأمين ـ كما تقدم ذلك أيضاً في قاعدة «لا ضمان على مؤتمن» ـ[٥]. فاشتراط الضمان عليه من قبل المالك يكون مخالفاً للشرع الإسلامي، وكلّ شرط يخالف مقرّرات الشرع هو شرط غير نافذ ولا معتبر. والدليل على عدم نفوذ الشرط المخالف للشرع هو قول الإمام عليّ عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»[٦]، وقول الإمام الصادق عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز»[٧]. والمراد بـ«الكتاب» خصوص القرآن الكريم، أو كلّ ما كتبه الله على عباده، فهو أعمّ مما كان نصّاً قرآنياً أو سنّةً نبويّةً.

ويجاب عن الدليل

أوّلاً: بضعف رواية عمرو بن شعيب[٨].

ثانياً: إنّ المراد من عدم الضمان ـ المستفاد من آية نفي السبيل وبقيّة الروايات ـ

---

١. التوبة: ٩١.

٢. مستدرك الوسائل ٢: ٥٠٤.

٣. وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٧.

٤. سنن الدارقطني ٣: ٤١.

٥. راجع: ١٩١.

٦. وسائل الشيعة ١٢: ٣٥٤.

٧. المصدر السابق: ٣٥٣.

٨. قال الدارقطني في سننه ٣: ٤١: «عمرو وعبيدة ضعيفان».

هو عدم وجود المقتضي له، فاشتراط الضمان على الأمين لم يكن مخالفاً للكتاب؛ لأنّ الشرط المخالف هو ما كان على خلاف الحكم الاقتضائي.

وبتعبير آخر: إنّ اشتراط الضمان يخالف الكتاب لو قلنا بخروج يد الأمانة عن قاعدة «على اليد» بالتخصيص لا بالتخصّص، مع أنّ الظاهر منهما هو الثاني.

وإيضاح ذلك: إنّ عموم قاعدة «على اليد» شامل لجميع الأيدي بما فيها الأيدي الأمينة، وبما أنّ ما دلّ على عدم ضمان الأمين أخرج الأيدي الأمينة عنها، فيكون خروجها بالتخصيص، بمعنى أنّ اليد ضامنة إلّا الأمينة، فاشتراط الضمان على الأمينة يخالف الكتاب.

وأمّا لو قلنا: إنّ المراد بقاعدة «على اليد» هو خصوص اليد العادية أو غير المأذونة، وأنّ اليد الأمينة خارجة من أوّل الأمر بالتخصّص، لكان عدم ضمانها لعدم وجود سبب مقتضٍ له، ويكون المستفاد من الأخبار النافية للضمان عنها هو أنّ اليد الأمينة ليست بسبب للضمان، كما هو الحال في التعدّي والتفريط، ولا يعني ذلك أنّها لا تكون سبباً له لو وجد المقتضي كالشرط، قال في مناهج الهداية: فلا يختلط عدم الاقتضاء باقتضاء العدم[1].

ويؤيّد هذا التوجيه صحّة اشتراط ضمان العارية، كقول الإمام الصادق عليه السلام: «**اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلّا أن يكون اشتراط عليه**»[2].

الدليل الثاني: إنّ قبول الوديعة إحسان ومعروف، فلو ضُمِّنَ الأمين لامتنع الناس من قبولها، وفي مثله ضرر؛ لمسّ الحاجة إليه.

ثم إنّهم استدلّوا بذلك وبغير على عدم ضمان الأمانة بمعناها الأعمّ، قال الشيرازيّ: فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً؛ لأنّه أمانة فلا يصير

---

١. مناهج الهداية: ٥٧.

٢. الوسائل ١٣: ٢٣٦.

مضموناً بالشرط[1].

وقال المطيعي: إذا شرط ربّ الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال: أنا ضامن لها، لم يضمن... وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة.

واستدلّ المطيعيّ لهذا الرأي بقوله: دليلنا: إنّه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه؛ لأنّه أقامه مقام نفسه، وكالمضمون لا يصير أمانةً بالشرط[2].

مناقشة الاستدلال:

إنّ في ما استدلّوا به مواقع للتأمّل هي:

١ ـ إنّ الاستدلال بمثل «لأنّه أمانة فلا يصير مضموناً بالشرط» هو موضع البحث، فلا يستدلّ به.

٢ ـ إنّ قياس الأمانات ـ كالعين المستأجرة والعارية وكلّ ما أصله الأمانة ـ على الوديعة قياس مع الفارق، فالوديعة إحسان محض لا يناسبها الضمان، بخلاف بقيّة الأمانات.

٣ ـ إنّ ضمان «ما لم يوجد سبب ضمانه» جائز في مثل ما ذكروه، وسيأتي البحث عنه في موضوع «ضمان ما لم يجب».

٤ ـ لو صحّ أنّ المالك أقام الأمين مقام نفسه كما يقولون، لما احتاج إلى اشتراط الضمان عليه، فاشتراط الضمان على الأمين بمعناه الأعمّ ـ كالمضارب والمؤجّر ـ دليل واضح على أنّ المالك لم يقم الأمين مقام نفسه، ولا أنّ يده كيده.

٥ ـ إنّ اشتراط الضمان على الأمين بمعناه الأعمّ نافذ؛ للنصوص الخاصّة الدالّة

---

١. المهذّب ١٤: ٩.

٢. المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢.

على صحّته في بعض الأمانات، وللنصوص العامّة الآمرة بالوفاء بالشروط[١].

الدليل الثالث: إنّ شرط الضمان على الأمين منافٍ لمقتضى العقد، كشرط الضمان على المستأجر مثلاً. فممّا صوّر به المنع، أنّ الإجارة تسليط على العين وهو عبارة أُخرى عن الاستيمان، فشرط الضمان منافٍ له. وقال ابن قدامة: فإن شرط المؤجّر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد؛ لأنّه ينافي مقتضى العقد[٢].

وأجاب عنه الطباطبائي بعدم مخالفته لمقتضى العقد، لأنّ حقيقته ليست هي الاستيمان، فاشتراط الضمان لا ينافيه، لإمكان الإجارة دون التسليط على العين كما لو كان المالك مصاحباً للمستأجر[٣].

وأُضيف إلى ذلك: لو سلّم اقتضاء الإجارة عدم الضمان، فيراد به أنّ العقد لا يقتضي الضمان لو خُلّي وطبعه، فاشتراط الضمان مخالف لإطلاقه لا لذاته، أي منافٍ للعقد المطلق، لا مطلق العقد، كشرط خيار الفسخ لشهر في البيع. فالبيع يقتضي اللزوم، الشرط لا ينافي ذاته بل ينافي إطلاقه ولا مانع منه[٤].

وجاء في العروة في مسائل المضاربة: إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال، ففي صحّته وجهان، أقواهما الأوّل؛ لأنّه ليس شرطاً منافياً لمقتضى العقد كما قد يتخيّل، بل إنّما هو منافٍ لإطلاقه، إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك وعدم ضمان العامل إلّا مع التعدّي أو التفريط[٥]. ويؤيد ذلك بما تقدم من صحة اشتراط ضمان العارية.

---

١. تقدّم الكلام عن صحّة اشتراط ضمان العارية في ص ٢٠٠ و٢٠٣، وسيأتي الحديث أيضاً في أدلّة المثبتين لصحّة اشتراط ضمان الأمانات.

٢. المغني ٥: ٤٣٩.

٣. حاشية السيد كاظم الطباطبائي على خيارات مكاسب الشيخ الأنصاري: ١١٥.

٤. المصدر السابق: ٥٥.

٥. العروة الوثقى: ٥٩٨.

دفع إشكال

ودعوى خروج العارية بالدليل فيقتصر على مورده، مدفوعة بأنّ مناسبة الحكم والموضوع تقتضي اتّحاد العارية مع الإجارة في مطلق الحكم؛ لاشتراكهما في المناط وهو الاستيمان، وأضاف إلى ذلك في مناهج الهداية[١] أنّ القول بخروج العارية بالنصّ وإن كان الشرط منافياً لمقتضى العقد، يقال فيه بعدم قابلية الحكم العقليّ بالتخصيص، على أنّ شرط الضمان لو كان غير عقلائيّ أو منافياً لمقتضى العقد ونحوه لما جرى عليه العرف. نعم الوديعة إحسان محض فلا يناسبها شرط الضمان.

الدليل الرابع: إنّ اشتراط الضمان من قبيل النتيجة، لأنّ مفاد الاشتراط هو تمليك الشرط للمشروط له، والنتائج لا تقبل أن تكون مضافةً إلى مالك، فلا تكون شرطاً.

وأُجيب عنه: إنّ شرط الضمان بنحو شرط النتيجة، بأن تشغل ذمّة المستأجر ـ مثلاً ـ بالمثل أو القيمة عند التلف، لا مانع منه، لأنّ مؤدّى ملكية المشروط له للشرط، هو الوفاء به وترتيب الآثار عليه، وإلزام المشروط عليه على العمل به، وهو موجود في شرط النتيجة.

ولو فرض عدم تعقّل ذلك ومخالفته لقواعد الاشتراط على الأمين فيمكن أن يصوّر شرط النتيجة على نحو إنشاء النتيجة نفسها في ضمن عقد من دون قصد تمليك للمشروط له، أو على نحو شرط الفعل بأن يدفع إليه مالاً مساوياً لما يصيب العين من الخسارة وقد صحّحوه.

قال في العروة: ولو شرط المؤجّر عليه ضمانها بدونهما ـ أي التعدّي والتفريط ـ فالمشهور عدم الصحّة، لكنّ الأقوى صحّته، وأولى بالصحّة إذا اشترط عليه أداء

---

١. مناهج الهداية: ٥٥ و ٦١.

مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيّب، لا بعنوان الضمان[١].

وقال السيد الحكيم عن شرط النتيجة:... أمّا لو كان مفاده مجرّد الالتزام للمشروط له بالشرط، فمرجعه إلى إنشاء شرط النتيجة في ضمن العقد، ولا بأس به عملاً بعموم نفوذ الشرط، إلّا إذا كان مفهومه لا ينشأ إلّا بسبب خاصّ، فإن عموم الشرط حينئذ لا يصلح لتشريع صحة إنشائه بدون ذلك السبب، لأنّه يكون مخالفاً للكتاب فيدخل في الشرط الباطل. ثم إنّ ما ورد في النصوص من شرط النتيجة كشرط الضمان في العارية... لابدّ إمّا أن يحمل على شرط الفعل، بأن يكون المقصود من شرط الضمان شرط تدارك خسارة التالف.... وإمّا أن يكون المقصود إنشاء النتيجة نفسها في ضمن العقد من دون قصد تمليك للمشروط له[٢].

ثانياً: القائلون بالإثبات

مرّ في الحديث السابق وفي ضمان العارية أيضاً نصوص بعض القائلين بنفوذ شرط الضمان على الأمين، ومنها ما قاله الطباطبائي عن شرط ضمان العين المستأجرة: لكنّ الأقوى صحّته، وأولى بالصحة إذا اشترط عليه أداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف أو التعيّب، لا بعنوان الضمان[٣].

وقال ابن رشد عن العارية: واختلفوا إذا شرط الضمان، فقال قوم: يضمن، وقال قوم: لا يضمن والشرط باطل[٤].

وجاء في مختصر الإنصاف: إنّ الشيخ اختار في العارية أنّها لا تضمن إلّا

---

١. العروة الوثقى: ٥٧٣.

٢. مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٧٢.

٣. العروة الوثقى: ٥٧٣.

٤. بداية المجتهد ٢: ٣٠٩.

بالشرط[1]. وهو قول قتادة وعثمان البتّيّ[2]، والهادي والكحلاني وغيرهم[3].

أدلّة المثبتين

ومجمل ما استدلّوا به على صحّة نفوذ شرط الضمان على الأمين هو:

١ ـ وجود روايات خاصّة دالّة على صحّة اشتراط ضمان بعض الأمانات، وقد تقدّم قسم منها في ضمان العارية[4]. كقوله ﷺ: «عارية مضمونة»، ومثله رواية موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل استأجر سفينةً من ملّاح فحمّلها طعاماً واشترط عليه إن نقص الطعام فعليه، قال: «جائز»[5].

٢ ـ عموم أدلّة نفوذ الشرط، كقوله تعالى: ﴿وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُواْ﴾[6]، وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[7].

يضاف إلى ذلك، أنّ ما استدلّ به النافون من مخالفة شرط الضمان للشرع، ومنافاته لمقتضى العقد أو ما شاكل، ففيه مواقع للتأمّل وقد استعرضناها عند مناقشة أدلّة النافين.

نعم، اشتراط الضمان على المستودع يتنافى وكونه محسناً ومتفضّلاً بقبوله الوديعة، ولذا فلا يناسبه الضمان.

---

١. مختصر الإنصاف والشرح الكبير: ٣٨٩.

٢. المحلّى بالآثار ٩: ١٧٠.

٣. سبل السلام ٣: ٦٧.

٤. راجع ص: ٢٠٠ و٢٠٣.

٥. وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٧، وانظر: الوسائل ١٣: ٢٧٠.

٦. البقرة: ١٧٧.

٧. وسائل الشيعة ١٥: ٣٠.

الودائع المصرفية

تعرّفنا في موضوع الأمانات على اختلاف الفقهاء في ضمانها بالشرط بالنسبة إلى الأمين أو أي أجنبي آخر، وبمقتضاه ينبغي أن تكون الودائع المصرفية ضمن ذلك الحديث، غير أنّهم اختلفوا أيضاً في كونها ودائعاً، ومعه يختلف التكييف الفقهي لضمانها كما سنرىٰ.

وبما أنّ هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة العامّة البلوىٰ، ناسب الكلام عن حكمها من حيث الحلّية والحرمة، وعن التخريج الفقهي لضمان رأس المال فيها أو ضمان الفائدة وعدمه، فنقول: إنّ إيداع الودائع لدى البنوك أو غيرها يختلف من حيث الاحتفاظ بنفس مظهرها وعدمه إلى قسمين:

١ـ **الودائع التامة**[1]: ويراد بها الاحتفاظ بذات الأعيان المودعة من دون تصرّف فيها، فهي ودائع حقيقة لا نزاع فيها.

حكمها:

وقد تعرّفنا على حكمها سابقاً، فهي لاتضمن من غير تعدٍّ أو تفريط، ولو ضمنت بالشرط لاتضمن.

وقد جوّز في البنك اللاربوي أن يأخذ البنك عمولة لقاء منفعة خزائنه الخاصة، أو قيامه بالمحافظة عليها[2].

وعليه فالذي يقال في المسألة: إنّ الايداع لقاء عمولة يخرج هذه الودائع عن كونها ودائعاً محضة، وعن حكمها إلى حكم الإجارة، وعندئذٍ يمكن اشتراط الضمان فيها كما سبق، ولا نعدم نظير ذلك الحكم في الفقه الحنفي، فقد قال ابن

---

١. أُنظر: الودائع التامة أو الكاملة والودائع الناقصة في الوسيط للسنهوري ١: ٦٩٦ و٧١٩ و٧٥٥.

٢. البنك اللاربوي في الإسلام: ٩٨.

نجيم: «الوديعة أمانة إلّا إذا كانت بأجر فمضمونة، ذكره الزيلعي» [١]، ونظيره أيضاً ما جاء في العروة الوثقىٰ من جواز اشتراط ضمان مثل العين المستأجرة أو أداء مال مخصوص لدى التلف [٢].

٢ـ الودائع الناقصة: ويراد بها المبالغ المودعة لدى البنك، والتي لايلتزم البنك فيها بدفع أعيانها الشخصية مادام يدفع نقوداً تساوي قيمتها، وهذه الودائع تشمل: الودائع المتحركة، والودائع لأجل، وودائع التوفير. وهي تنقسم من حيث وجود الربح وعدمه إلى قسمين، هما:

(أ) الحساب الجاري أو ودائع تحت الطلب: وهي الودائع التي يتمتع المودع فيها بالقدرة على سحبها متى شاء من دون ربح.

(ب) وأمّا القسم الآخر من الودائع ذات الربح فهي قسمان:

* الودائع الثابتة أو لأجل: وهي الودائع التي لايستطيع المودع سحبها قبل مضي مدة متّفق عليها بين المودع وبين البنك. وبه تفترق عن:

* ودائع التوفير: وهي من الودائع الادّخارية، وتتّسم بقدرة المودع على سحبها متى شاء.

أحكام الودائع المصرفية الناقصة

أمّا أحكام الودائع المصرفية الناقصة، أي: الحساب الجاري، والودائع الثابتة، والتوفير، فهي:

(١) حكم الحساب الجاري

وهو يختلف عن القسمين الأخيرين ـ كما ذكرنا ـ فليس فيه فرض ربح على الأموال المودعة، وحكمه فيما يراه بعضهم:

---

١. الاشباه والنظائر: ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

٢. العروة الوثقى: ٥٧٣.

أ ـ أنّه أمانة، بمثابة الإيداع عند تاجر يتعامل حلالاً مع قوم، وبالربا مع آخرين، فإيداع «الأمانات من غير المساهمين في المصرف غير توظيف أموال المساهمين بالربا المحرّم، والأول جائز، والثاني محرّم» [١].

ب ـ أنّه يجرى مجرىٰ القرض، فيدخل في ملكية البنك على نحو ضمانه بقيمته متىٰ طالبه المودع بالوفاء.

ج ـ وقد يفسّر على اعتبار سحب العميل من البنك ديناً في مقابل دينه، وعلى أساسه تجري بينهما المقاصّة القهرية، أو ما قد يسمّىٰ بالتهاتر [٢].

والرأي المختار في الحساب الجاري أنّه وديعة ناقصة يراد بها حفظ المالية لا ذات المال وعينه، وللمودع أن يسترجعها متى شاء، والبنك مستعد لقبول مثل هذه الودائع في كلّ وقت، حتى لو تكرّر الإيداع والسحب في اليوم عدّة مرات، بل لعلّه المرتكز منها هذا المعنىٰ والانصراف إليه، لا أنّه استيفاء بمقدار ما يسحب الدائن من رصيده أو تقابل دينين تحصل بهما المقاصّة [٣].

(٢) حكم الودائع الثابتة

بالنظر لاختلاف التكييف الفقهي لضمان هذه الودائع، وما يستتبعها من فوائد اختلف في حكمها، فكان للفقهاء فيها وجهان: الحلّية والحرمة.

التكييف الفقهي للضمان وحرمة المعاملة

إنّ تسمية الأموال المدفوعة إلى البنك باسم «الودائع» تنطوي على تسامح في التعبير، ومخالفة للمحتوىٰ الفقهي لهذا المفهوم؛ لأنّ ملكية المودع تزول عنها نهائياً،

---

١. فتاوى شرعية وبحوث اسلامية ١: ١٦٠.

٢. البنك اللاربوي في الإسلام: ٨٧.

٣. المصدر السابق.

إذ البنك له أن يستثمرها ويتصرّف بها بما يراه مناسباً لعمله، وتصرّفه هذا على خلاف قانون الوديعة؛ لأنّها لاتُضمن ولايُتصرّف بها. فهذه الأموال وإن ألبست ثوب الوديعة، إلّا أنّها بالارتكاز العقلائي إقراض وتمليك للبنك بنحو ضمان المثل مع اشتراط الفائدة، وهذا يعني قرضاً جرّ نفعاً، وهو من الربا المحرّم، ولهذا الرأي ذهب بعض الأعلام.

وتتلخّص وجهة نظر بعضهم في هذا التصوير: أنّ إذن المالك للبنك في التصرف بها لايراد به بقاء الوديعة على ملك صاحبها؛ للزوم عود المبلغ مع ربحه إلى المالك، بل المراد من إذن المالك في التصرّف سماحه بتملّك الوديعة على وجه الضمان، وهو معنى القرض، وعليه فما يدفعه البنك للمودع من أرباح تكون ربوية على القرض [1].

والمستفاد من هذا أنّ رأس المال مضمون كأي معاملة قرضية أخرى، بخلاف ما لو قلنا: إنّه أمانة فلايضمن إلّا بالتعدي أو التفريط أو الشرط على قول.

التكييف الفقهي للضمان وحلية المعاملة

وقد ذكر لضمان رأس المال وحلّية المعاملة بما يستتبعها من فوائد وجوه، هي:

الأول: أنّ المعاملة وإن كانت قرضاً خاضعة لحكم ضمانه، إلّا أنّ فوائدها جائزة؛ لأنّ اشتراط الفائدة ليس شرطاً حقيقياً، بل نوع وعد لتشجيع أصحاب الأموال لايداعها، فدفع الفائدة إنجاز بالوعد لا عمل بالشرط، أو أنّ فرض الفائدة من نظام البنوك، فدفعها عمل منهم بالنظام لا عمل بالشرط.

وقد تأمّل في مناهج الهداية في هذين الوجهين [2]. وجاء في كتاب بحوث فقهية: «أنّ دفع الفرق بأزاء إيداع المال وإن لم يصرّح فيه بين المتعاقدين، إلّا أنّه ممّا تبانى عليه الطرفان، فهو منظور أساسي لكلا الطرفين: المودع والمودع عنده، فيكون

---

١. مناهج الهداية: ٦٧، بحوث فقهية: ٧٣، البنك اللاربوي في الإسلام: ٢١١.

٢. مناهج الهداية: ٦٧.

شرطاً ضمنياً، ومع ذلك لاتكون هذه المعاملة صحيحة؛ لاشتمالها على الربا» [١].

مناقشة ودليل

ويمكن مناقشة ما أورد على الوجه المذكور والاستدلال على جوازه وإبعاده عن منطقة الربا بما يأتي:

١ ـ إنّها معاملة إيداع، وشرط الزيادة المحرّم إنّما هو في القرض [٢].

٢ ـ سلّمنا كونها معاملة قرضية، لكن لا نسلّم حرمتها؛ لأنّ القرض إذا اشترط فيه نفع كان رباً، أمّا أن يستتبعه نفع من دون شرط، فقد يقال بجوازه وإن كان منظوراً أساسياً للطرفين.

ويدلّ عليه خبر أبي الربيع وغيره، قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل أقرض رجلاً دراهم، فردّ عليه أجود منها بطيبة نفسه، وقد علم المستقرض والقارض أنّه إنّما أقرضه ليعطيه أجود منها؟ قال: «لا بأس إذا طابت نفس المستقرض» [٣].

ولعلّه لهذا أو غيره قال في الشرائع ـ كما نقله مقرّر بحوث فقهية نفسه ـ: «القرض إذا شرط فيه المقرض الفائدة كان حراماً، وأمّا لو لم يشترط الفائدة، بل التزم المستقرض إعطاء الفائدة فهو ليس من الربا» [٤].

وجاء في حاشية ابن عابدين: جواز الزيادة في القرض من غير شرط. وبه قال ابن قدامة والشيخ مرعي المقدسي، وذهب إلى استحبابه الكحلاني وغيرهم [٥].

---

١. بحوث فقهية: ٧٤.

٢. مناهج الهداية: ٦٨.

٣. وسائل الشيعة ١٢: ٤٤٧.

٤. بحوث فقهية: ٧٤.

٥. ردّ المحتار على الدرر المختار ٤: ١٩٣،المغني لابن قدامة ٤: ٢٨٧ ـ ٢٨٩، دليل الطالب لنيل المطالب: ٤١، سبل السلام ٢: ٥٢.

واستدلّ للجواز بأحاديث عن النبي ﷺ نظير قوله: «أخيار الناس أحسنهم قضاء»[١]، وأنّ الزيادة ليست شرطاً في القرض حتى تحرم، بل تبرّع، وأنّ ذلك من مكان الأخلاق.

وعلى ضوء ما تقدّم فهذه الأموال مضمونة على البنك لكونها قرضاً لا وديعة، ومعه فلايقيد ضمانها بالتعدي أو التفريط أو شرط الضمان.

الثاني: إنّ المبالغ المدفوعة للبنك ليست هي قرضاً، بل هي نوع إيداع كما يشهد به الارتكاز العقلائي، غير أنّ الإيداع له مظهران أو شكلان:

أحدهما: هو حفظ نفس المال بشكله المادي، ومعه فلايجوز للودعي التصرّف فيه؛ لأنّ استثمار البنك للوديعة يتنافىٰ وطبيعة المفهوم الفقهي لها، الذي يعني الاحتفاظ بنفس مظهرها المادي.

وثانيهما: هو حفظ المالية لا شخص المال، ومعه يجوز التصرّف في شخص الوديعة بالتبديل والنقل وما شاكل: «ولا مانع في هذا القسم من الإيداع أيضاً؛ لبناء العقلاء عليه مع عدم ثبوت الودع»[٢]، كما جاء في مناهج الهداية وهو نظير ما نقله عن الطباطبائي في الوقف: «بعدم انحصار الوقف في وقف الشخص، بل يصحّ وقف المالية»[٣] وعندئذٍ فلا مانع من ضمان الوديعة الناقصة بالشرط الصريح أو الضمني.

الثالث: من الوجوه التي يمكن فيها ضمان الأموال مع فرض الفائدة، وتخريجها بنحو سائغ شرعاً، هو أن تتم المعاملة على نحو المضاربة، لكنّها لاتنسجم والواقع القائم للبنوك في معاملاتها السائدة؛ لأنّه بحاجة إلى التغيير أو الاشتراط، وقد كان الكلام السابق في تخريج تلك الفوائد بشكل محلّل منصبّاً على الوضع القائم

---

١. بلوغ المرام ٣: ٥٢.

٢. وقد يورد عليه: كيف يستكشف عدم الردع مع أنّ المعاملة الإيداعية من المعاملات المستحدثة؟!

٣. مناهج الهداية: ٦٨.

للبنوك، من دون تغيير سياستها أو الاشتراط عليها في ضمن معاملة خاصة معها.

أمّا الوجه المذكور فيتم بالشكل التالي: أن يكون البنك وكيلاً عن المضارب ـ وهو المودع ـ ووسيطاً بينه وبين العامل ـ وهو المستثمر ـ وهنا يفرض ضمان الأموال على الوسيط بإنشائه بعقد خاص أو باشتراطه بنحو شرط النتيجة في عقد آخر[١].

ولو فرض عدم تعقل الضمان على البنك باعتباره أميناً، وعدم صحة اشتراط الضمان عليه بمقتضىٰ قاعدة عدم ضمان الأمين، فيمكن فرض الضمان بنحو شرط الفعل في ضمن عقد وقد صحّحوه كما سبق، وبه يلتزم البنك إلى المالك بدفع ما يساوي مقدار الخسارة التي تقع في رأس المال، وباشتراكهما في الربح عند ظهوره بما حدّداه من النسبة عند إبرام العقد.

وأهم ما يمكن أن يورد على هذا الوجه هو اشتراط اكثر الفقهاء أن يكون رأس مال المضاربة من النقدين: الذهب والفضة، وسيأتي الحديث عنه.

(٣) حكم ودائع التوفير

وما يقال في الودائع الثابتة، أو لأجل، يقال في ودائع التوفير بشكل عام، إذ ليس ثمة من فرق بينهما إلّا في تحديد العامل الزمني، وعدم تحديده. ففي الودائع الثابتة لايحقّ للمالك استرجاع ماله قبل مضي مدة محدّدة بينهما؛ كستة أشهر مثلاً، بخلاف التوفير فلصاحب المال أن يسترجعه متىٰ شاء، وهو مضمون على البنك، إمّا لكونه قرضاً أو وديعة ناقصة شرط ضمانها.

أمّا ما يفرضه البنك من فوائد تتناسب والمدة التي بقيت لديه فتنزّل على الوجوه السابقة.

إذن فما يكيف به ضمان الودائع المصرفية من تخريج هو:

---

١. البنك اللاربوي في الإسلام: ٢٠٤.

١ ـ إنّ واقع هذه الودائع قرض ضمن مطلقاً، أمّا الزيادة فهي تبرّع.

٢ ـ إنّها قرض، والزيادة في هذه المعاملة شرط ضمني، فإن أخذت كانت مضمونة على الآخذ؛ لاشتمالها على الربا.

٣ ـ إنّها ودائع لاتضمن إلّا بالتعدّي أو التفريط.

٤ ـ إنّها ودائع ناقصة يجوز ضمانها بالشرط، وكذا يجوز شرط ضمان الزيادة فيها؛ لعدم كونها قرضاً.

المبحث الثاني
ضمان الأعيان في يد المضمون له

عقد التأمين

التأمين عقد به يلتزم المؤمّن أن يؤدّي إلى المؤمَّن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتّباً، أو أيّ عوض ماليّ آخر في حالة وقوع الحادث المؤمّن ضدّه، وذلك في مقابل أقساط، أو أيّة دفعة ماليّة أُخرى يؤدّيها المؤمَّن له للمؤمّن[1].

أركان التأمين

الإيجاب والقبول، ويتمّ الإيجاب من طالب التأمين يملء استمارة يعدّها المؤمّن تسمّى «طلب التأمين»، ويتمّ القبول من جانب المؤمّن بإخطار طالب التأمين بقبول العرض واستعداده لتحمّل الخطر، أو بالمشافهة أحياناً أو غيره.

المقابل، هو القسط الذي يلتزم به المؤمَّن له قبل المؤمّن، أو التعويض الذي يلتزم به المؤمّن قبل المؤمَّن له[2].

---

١. القانون المدني العراقي م٩٨٣.

٢. مبادئ التأمين: ٩٢ ـ ٩٤.

حكم التأمين في التشريع الإسلامي

عقد التأمين بشكله الحاضر من العقود المستحدثة التي لم يعهد لها وجود زمن المشرّع الإسلامي، وإن امتدّت جذوره بفكرة بدائية إلى زمن بعيد.

وإذا أردنا نقل معنى التأمين إلى لغة الفقه، فهو نوع ضمان وتعهّد من الأجنبيّ بالنسبة إلى النفس والمال بإزاء مال معيّن[1].

وقد صرّح بعض الفقهاء بكونه عقد ضمان، أو أنّ بعض وجوه تصحيحه لم تخرجه عن مدار الضمان كشرط تحمّل الخسارة. قال في المستمسك وهو يتحدث عن الضمان: ومنه إنشائيّ: إمّا تبرّعاً... وإمّا بعوض، فيكون عقداً كضمان شركة التأمين المجعول في مقابل مال معيّن[2]. وحتّى القائلين ببطلانه إنّما استندوا لملاحظات أُخرى ككونه غررياً.

ونستعرض أدلّة القائلين بالبطلان والصحة لنرى من خلالهما مدى ما يمكن أن يقال في هذه المعاملة الضمانية.

أدلّة منع عقد التأمين

وأهمّ ما استدلّ به للمنع من عقد التأمين أو يمكن أن يستدلّ به هو:

الدليل الأوّل: إنّ معاملة التأمين تنطوي على التزام ما لم يلزم أو شرط ضمان الأجنبيّ وذلك لا يجوز. قال ابن عابدين: لا يحلّ لمسلم في دارنا أن يعقد مع المستأمن إلّا ما يحلّ من العقود مع المسلمين، ولا يجوز أن يؤخذ منه شيء لا يلزمه شرعاً وإن جرت به العادة، كالذي يؤخذ من زوّار بيت المقدس. وبما قرّرناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا، وهو: أنّه جرت العادة أنّ التجار إذا

---

١. مناهج الهداية: ٦٣.

٢. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٤٩.

استأجروا مركباً من حربيّ يدفعون له أُجرته، ويدفعون أيضاً مالاً معلوماً لرجل حربيّ مقيم في بلاده يسمّى ذلك المال سوكرة، على أنّه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض من التجّار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدّي ذلك المستأمن للتجّار بدله تماماً. والذي يظهر لي أنّه لا يحلّ للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأنّ هذا التزام ما لا يلزم[1].

ويقول الطباطبائي: التحقيق في باب الأمانات كليّةً عدم صحّة شرط الضمان، لأنّه كاشتراط ضمان الأجنبيّ بعد عدم كون اليد يد ضمان، ولا أظنّهم يلتزمون بجواز اشتراط ضمان الأجنبيّ[2].

وتحرير الوجه المانع هو: أنّ أسباب الضمان منحصرة في موارد معروفة ليس منها عقد التأمين حتى يصحّ، بل هو من قبيل ضمان ما لم يجب.

مناقشة الدليل

١ ـ ناقش الشيخ علي الخفيف ابن عابدين بما خصلاصته: أنّه نفس الدعوى ومحلّ البحث، فلا يستدلّ به[3].

غير أنّ مناقشة الشيخ الخفيف لا تتمّ، لأنّ ابن عابدين استدلّ على عدم جواز السوكرة باعتبارها من أفراد ضمان ما لم يجب، وهو غير جائز لديه. فالجدير بالشيخ علي الخفيف أن يستدلّ على صحّة ضمان ما لم يجب، ويناقش ابن عابدين على ضوئها.

---

١. ردّ المحتار على الدرّ المختار ٣: ٣٤٥.

٢. حاشية الطباطبائي على خيارات المكاسب للأنصاريّ: ١١٠.

٣. التأمين في الفقه الإسلامي: ١٣٩.

٢ ـ ويناقش ابن عابدين بما نوقش به الطباطبائي[١]، وخلاصته: أنّ انحصار أسباب الضمان في الموارد المذكورة لم يكن محدّداً بنصّ شرعيّ حتى لا يتجاوز عنه إلى غيره، وما المانع من هذا الاشتراط. وليس فيه منافاة لمقتضى العقد ولا مخالفة للكتاب أو نحوه من الموانع، بل جرى البناء العقلائيّ على صحّة تضمين هذا النوع من العقد، وأدلّة الوفاء بالشرط كافية في التصحيح، على أنّ ضمان «ما لم يجب» ليس ممنوعاً على إطلاقه كما يأتي الحديث عنه.

الدليل الثاني: أثار بعض الفقهاء شبهة المقامرة في التأمين، فهو معلّق على خطر الضرر فتارة يقع وتارة لا يقع، فيكون التأمين قماراً معنى[٢].

وأجاب بعض الفقهاء بالفرق بين التأمين والمقامرة، فالقمار لعب، وإضاعة للمال جرياً وراء طمع موهوم، وأكل للمال بالباطل، وهو من حبائل الشيطان، ففيه العداوة والبغضاء، وذهاب الأخلاق، وصادّ عن ذكر الله وعن الصلاة. أمّا التأمين فليس كذلك بل هو عقد معاوضة يخلو منها القمار، ويقوم على ترميم الكوارث بطريق التعاون فيؤدّي إلى الأمان، وعليه فلا سبيل لجعل التأمين كالقمار لما بينهما من اختلاف في المفهوم[٣].

الدليل الثالث: إنّ عقد التأمين معاملة غررية، وقد حكم الشارع ببطلان المعاملات الغررية. أمّا بيان كونها غررية، فهو: أنّ أصل التلف مجهول؛ لاحتمال أن لا يقع الحادث كالحريق أو الغرق أو ماشاكل، ولو فرض حدوثه فلا يعلم مقداره حين إجراء المعاملة، والجهل بالشيء يوجب غرره فبطلانه.

---

١. المناقشة في جملتها في مناهج الهداية: ٦٠.

٢. انظر ما نقله الدوريّ من نصوص الفقهاء في رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي: ٥٥ وما بعدها. ـ مجلّة المحاماة، السنة الخامسة رقم ٣٩٤ ص ٤٦٦.

٣. الغرر وأثره في العقود: ٦٤٨، التأمين في الفقه الإسلامي: ٩٥.

وقد تحدّث الدكتور الصديق محمد الأمين عن كثرة الغرر في عقد التأمين فقال: إنّ الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به، وأرى أنّ الضابط ينطبق على عقد التأمين[1]. كما قد عرض قحطان الدوريّ أقوال جملة من الفقهاء ممن تبنّى غررية عقد التأمين فمنعه[2].

مناقشة الدليل

وقد نوقش هذا الدليل بأُمور هي:

الأول: أنّ الغرر في عقد التأمين يسير في قدره، فيجوز التعامل فيه[3]. ويجاب عنه: أنّ كون القدر يسيراً قد يخالف الواقع أحياناً؛ لاحتمال أن يتقاضى المؤمَّن له أو ورثته قيمة التأمين كاملة بعد دفع قسط واحد من إبرام العقد، كما قد يدفع المستأمن أقساطاً عدّة سنوات ثم تنتهي المدّة المحدّدة دون أن يحصل هو أو المستفيد على شيء، ومعه تبرأ ذمة المؤمِّن دون أن يغرّم شيئاً. ومن ناحية أُخرى: إنّ المراد بالغرر هو المخاطرة والجهل المحض، ولم يؤخذ في مفهومه وجود القدر الفاحش دون اليسير حتى يمكن تصحيح معاملة التأمين بوجود القدر اليسير من الغرر فيها.

الثاني: ما يراه الشيخ عليّ الخفيف من أنّ الغرر في التأمين مغتفر؛ لأنّه لا يفضي إلى النزاع كما هو مشاهد، مع تعامل الناس بهذا العقد[4]. وقال جمال الدين: وأرى ما

---

١. الغرر وأثره في العقود: ٦٥٥.

٢. التأمين في الفقه الإسلامي: ١٠١.

٣. وقد اعترض الدكتور الصديق على رأي الشيخ عليّ الخفيف بأنّ الغرر في عقد التأمين ليس يسيراً، وناقشه فيما تنظّر به من أمثلة كبيع ما في هذا الصندوق. الغرر وأثره في العقود: ٦٥٦ ـ ٦٥٩. وقد وافق الدكتور جمال الدين باعتراض الصديق: وقال: إنّه مسلم. سبب الالتزام وشرعيته: ٣٦٧.

٤. انظر الغرر وأثره في العقود: ٦٥٦، سبب الالتزام وشرعيته: ٣٦٧.

رآه الأُستاذ الشيخ عليّ الخفيف من أنّ تعامل الناس بعقد التأمين يجعل الغرر فيه مغتفراً، وهو رأي سديد، ولا يهمّ قدر هذا الغرر لسبب التعامل فيه[١].

ويرد عليه

إنّ في شطر من الدليلين المذكورين مجالاً للمناقشة، نضعها في نقاط:

١ ـ إنّ العلّة من منع الغرر ليس هو المشاحّة بين الأطراف حتى يدور معها الحكم صحّة وبطلاناً، وإن كان رفع النزاع حكمة ظاهرة في المنع منه، بل الأجدر أن يقال في تعليل المنع من الغرر ـ لو صحّ التعليل ـ هو رغبة الشارع في تحقيق التوازن الاقتصادي في مضمون العقد؛ لئلّا يصيب بعض الأطراف إجحاف، والفرق بين التعليلين واضح.

٢ ـ إنّ القول بعدم وجود المشاحّة، قد يكون سببه أنّ التأمين من عقود الإذعان، ومن خصائص هذه العقود أنّ الطرف الآخر ضعيف لا يقوى على تعديل شروطها، فكذلك يجد نفسه ضعيفاً غالباً فيترك النزاع فيما لو أصابه حيف منها، على أنّ عدم وجود النزاع بين المؤمِّن والمستأمن لا نستلم به دائماً، فقد يقع ويجرّهما إلى المحاكم. يقول الدكتور الصديق: إنّ كون الغرر الذي في التأمين لا يؤدّي إلى نزاع أمر غير مُسلّم، فإنّ كثيراً من الحالات التي يطالب فيها المؤمَّن له بالتعويض لا تمرّ من غير نزاع واتّهام للمؤمَّن له بأنه افتعل الحادث ليحصل على المبلغ المؤمَّن به[٢].

نعم لو كان دليل الشيخ علي الخفيف على الصحة، ما ذكره من تعامل الناس وأنّ ما فيه من جهل ليس مخاطرة وغرراً محظوراً ـ كما سنبيّنه ـ لكان وجهاً صحيحاً.

٣ ـ ويرد على تعليل جمال الدين حين قال: ولا يهمّ قدر هذا الغرر لسبب التعامل فيه، أنّه دعوى لإباحة الغرر بسبب مجرّد التعامل.

---

١. سبب الالتزام وشرعيته: ٣٦٧.

٢. الغرر وأثره في العقود: ٦٥٦.

الثالث: ذكر جملة من الباحثين جواز عقد التأمين وإن كان غررياً؛ للحاجة إليه أو للضرورة. فقد أجاز الدكتور الصديق التأمين للحاجة. إلّا أنّه اشترط أن تكون الحاجة متعيّنة، ومن ثم لم يجوّز التأمين لدى الشركات المعروفة؛ لأنّ الحاجة غير متعيّنة في التأمين لديها؛ إذ من الممكن سدّ تلك الحاجة في تأمين تعاوني، ومن ثم أجازه ودعا إليه[١].

ويقول الدكتور جمال الدين محمد: ولا شكّ أنّ كثرة تعامل الناس دليل على حاجتهم إلى العقد، وليس من اللازم أن ترتفع هذه الحاجة إلى منزلة الضرورة[٢].

ويبدو من السنهوري في أحد موضعين من الوسيط أنّه يسلّم بوجود الغرر في التأمين وأنّه جائز باعتبار الضرورة، وقد أحال القارئ في ذلك على مصادر الحقّ[٣].

وتبعهم قحطان الدوريّ فاستدلّ لجواز التأمين بالحاجة وبالضرورة إليه، فذكر عقوداً جوّزت للحاجة، كالسلم، والجعالة، والحوالة، وأنّه لمّا كان التأمين عقداً دعت إليه حاجة الناس وأنّ الفرد يصبح في جهد ومشقّة إن لم يتّخذه درعاً له من الملمّات والنوائب أصبح عقداً مباحاً حتى ولو توفّرت فيه مقتضيات التحريم التي ادّعى المانعون وجودها فيه،بل إنّ التأمين أصبح ضرورة في مجتمعات هذا العصر الذي تضخّمت فيه الأخطار. ومن القواعد العامّة للفقه الإسلامي قاعدة «الضرر يزال» التي يبنى عليها كثير من أبواب الفقه، كالردّ بالعيب والخيارات بأنواعها... وأصل هذه القاعدة قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وما يتعلق بها قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» فجاز أكل الميتة في المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر إن غصّ بها

١. الغرر وأثره في العقود: ٦٦٢ ـ ٦٦٣.

٢. سبب الالتزام وشرعيته: ٣٦٨.

٣. الوسيط ٧: ١٠٨٩. وفي الموضع الآخر نفى عنه الغرر قائلاً: قد يتوهم أن يتسربّ إليه عدم المشروعية من ناحية الربا أو من ناحية الغرر، وقد سبق أن نفينا عنه كلاًّ من الناحيتين. الوسيط ٧: ١٠٩٠ و ١١٤٠.

ـ إلى أن قال ـ: وكذا قاعدة ما أُبيح للضرورة يقدّر بقدرها، فالمضطّر لا يأكل من الميتة إلّا قدر سدّ الرمق. وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد جعلت الضرورات مبيحةً للمحظورات دفعاً للحرج والمشقّة التي يقع فيها الإنسان... لا تضيق بالتأمين الذي أصبح ضرورة للحياة. وأخيراً قال: وبهذا يكون التأمين حلالاً للضرورة[١].

وممّا تقدّم يتّضح أنّ هناك دعويين:

إحداهما: وجود الغرر في التأمين.

ثانيهما: جواز الغرر للحاجة، أو جوازه لضرورة الناس إلى التأمين.

مناقشة الدعوى الأُولى، وهي وجود الغرر[٢]

إنّ ما يمكن أن تناقش به دعوى الغرر في التأمين هو أنّ النصّ الشرعي في النهي عن الغرر ورد في البيع، لذا لم يُسلّم بعض الفقهاء بتجاوزه لغيره. ولو سلّم بتجاوزه إلى غيره من المعاملات لم نسلّم أنّ الغرر مطلق الجهل، بل هو المخاطرة والجهل المطلق، كعدم معلوميّة العوض والمعوّض، لذا نجد كثيراً من المعاملات المشروعة محاطةً بجهل ما، لاحتمال عدم تحقّقها، أو عدم تحقّق ما من أجله أُنشئت، أو ما في أحد عوضيها من الجهل بمقداره وإن حُدّدت فيه النسبة، كما هو الحال في الشركة والمضاربة والمزارعة واستئجار شخص للحراسة أو خدمة الأضياف.

فاحتمال الربح أو انبات المزروعات أو عدم نزول آفة بها أو ورود اللصوص أو الأضياف، كلّ ذلك أمر مجهول تحقّقه؛ لاحتمال الخسارة أو عدم الإنبات أو نزول

---

١. التأمين في الفقه الإسلامي: ٢٠٩ ـ ٢١١.

٢. راجع معنى الغرر والاختلاف فيه: مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ١٨٥، فقه الإمام جعفر الصادق ٣: ١٢٨، المقدّمات لابن رشد: ٤٧، الفروق ١: ١٥٠ ـ ١٥١، تهذيب الفروق ٣: ٢٧٠، مصادر الحقّ ٣: ٤٢.

الآفة أو عدم ورود اللصوص والأضياف. ومع تحقّقه يجهل زمانه ومقداره، ومع كلّ ذلك شُرّعت هذه المعاملات ولم يضرّ بصحّتها هذا الجهل بعد تعيين الحصّة بالنصف أو شاكل. على أنّ الغرر يكفي في اندفاعه مثل المشاهدة كبيع الثمر على الشجر.

فكذلك الحال في المعاملة التأمينيّة، يدفع الغرر فيها بمشاهدة المؤمِّن (الشركة) الدار مثلاً وملاحظة قيمتها وما يترتّب عليه من الخسارة عند التلف. فشركات التأمين ليس في عملها هذا غرر أو سفاهة؛ لأنّها لا تقدم اعتباطاً ومن دون حساب دقيق وشروط خاصّة تصنعها تضمن لها الربح الأكيد والكثير غالباً إذا ما قيس ببعض ما قد تخسره لطالبي التأمين عند وقوع الحادث.

يقول الدكتور جمال الدين: إنّ عقد التأمين له صفة الاحتمال بالنسبة للمستأمن فحسب، إذ أنّ المؤمِّن يستطيع بأجهزته أن يعرف مقدار ما يعود عليه من عمليات التأمين[١].

وأمّا طالب التأمين على حياته وممتلكاته، فالتأمين وإن كان يبعث في نفسه الاطمئنان وأنّ هناك من يعوّضه عند وقوع الحادث، إلّا أنّ دفعه للقسط إنّما هو في مقابل تعهّد المؤمِّن والتزامه بعوض الخسارة التي قد تحلّ به، تماماً كمن يتعاقد مع غيره على دفع ضمان جريرته، وكمن يستأجر حارساً للدفاع عن نفسه أو الحفاظ على ماله. فليس الأمان هو محلّ العقد ومقابل القسط كما ادّعاه بعضهم، لأنّ الأمان وإن كان غرضاً يبتغيه المستأمن، يستحيل الالتزام به[٢] بل أنّ موضوع العقد والمقابل للقسط تعهّد المؤمِّن بتحمّل الخسارة والتزامه بالشرط، وبهذا كلّه يتبيّن أن لا مخاطرة على المتعاملين ولا جهالة مطلقة ليقال بمنعها أو كونها معاملةً سفهية بعد إقرار العقلاء لها.

---

١. سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي: ٣٦٥.

٢. الغرر وأثره في العقود: ٦٥١.

مناقشة الدعوى الثانية، وهي جواز الغرر للحاجة أو الضرورة

١ ـ إنّ استدلال الدوريّ على جواز التأمين ـ حتى لو كان محظوراً ـ بمثل الضرر يزال، وإباحة الضرورات للمحظورات، في غير موضعه، خاصّة وأنّه ذكر في بحثه تعريف الضرورة بأنّها هي أن يبلغ الفرد حدّاً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب[١]. فالضرورة بهذا المعنى لم تبلغ بالناس في واقعهم المعاش إلى ضرورة التأمين، فإنّ أكثرهم لم يؤمّن مع أنّه لم يهلك أو يقارب.

وإذن فمن الواضح أن لا ضرورة في البين تدعو لإباحة الغرر لو ثبت حظره، وتعامل الناس وحاجتهم لشيء من غير أن ترتفع لدرجة الضرورة أو العسر والحرج غير كافٍ في إباحة المحظور وتسرية الحكم إلى غير المضطرّين من الناس. على أنّ المدار في الضرورة هي الضرورة الشخصية لا النوعية.

٢ ـ المراد بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» هو رفع الحرمة التكليفية لا جميع الآثار، فجواز التعامل بمعاملة فاسدة أو أخذ مال الغير قهراً لسدّ الرمق يرفع الحرمة، أمّا المال فمضمون على الآخذ، ويجب عليه إرجاعه متى ما تمكّن منه[٢]، ومنه يعلم أنّ القاعدة لا تقلّب الباطل صحيحاً.

٣ ـ إنّ الاستدلال بقاعدة «الضرورة تقدّر بقدرها» على إباحة التأمين مطلقاً، يقال فيه: إنّ القاعدة لا تتّسع لإباحة التأمين أكثر من قدر الضرورة، وذلك يعني أيضاً حرمة التأمين على الأغنياء؛ إذ لا ضرورة تبيح لهم التأمين بقدرها.

٤ ـ لا يجوز ارتكاب المحرّم لسدّ الحاجة أو الضرورة إذا أمكن سدّها بطريق حلال. يقول كاشف الغطاء: وما لم تكن الضرورة منحصرةً لا ترفع الحرمة قطعاً[٣].

١. التأمين في الفقه الإسلامي: ٢٠٩.

٢. تحرير المجلّة ١: ٢٥، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام ١: ٣٤.

٣. تحرير المجلّة ١: ٣٠.

ولذا منع الدكتور الصديق محمد الأمين التأمين بقسط ثابت؛ لوجود الغرر وعدم تعيّنه لسدّ الحاجة؛ إذ من الممكن جعل التأمين تأميناً تعاونيّاً[١].

٥ ـ إنّ ما أشار إليه من جواز بعض العقود كالسلم والجعالة، إنّما هو لإقرار الشارع لها أو نصوصه الخاصّة فيها أو العامّة، لا للحاجة، نعم لعلّ حكمة تشريع بعضها كالقرض والحوالة هو التسهيل ورفع العسر والحرج[٢].

ثم إنّ ما ذهب إليه بعضهم كالدكتور الصديق والدكتور جمال الدين من جواز التأمين للحاجة التي تعني الحرج والمشقّة، فالمناقشة السابقة كافية في الردّ على هذه الدعوى وبطريق أولى.

الدليل الرابع: إنّ الأُصول العمليّة لا تصحّح لنا إجراء معاملة التأمين، فأصالة الفساد تقتضي عدم ترتّب الأثر على هذه المعاملة.

ويرد عليه: أنّا حين نفقد الدليل على صحّة معاملة ما أو بطلانها، نرجع في مثله إلى الأُصول العملية، لأنّها وظائف مجعولة يرجع إليها الشاكّ في مقام الحيرة والعجز عن تحصيل الدليل، فمرتبتها متأخّرة عن بقيّة الأدلّة[٣]. أمّا إذا انتهينا إلى أنّ معاملة التأمين تكون مشمولة للأدلّة المصحّحة لها ـ وستأتي ـ فلا يصل الدور إلى مثل تلك الوظائف في التماس الحكم منها.

وهناك شبه أُخرى أثارها بعض الفقهاء، وتولّى الإجابة عنها آخرون، مثل كون التأمين أكلاً للمال بالباطل، وأنّه تحدٍّ للقدر، وأنّ الشركات تستثمر احتياطي أموالها بالربا[٤].

---

١. الغرر وأثره في العقود: ٦٦٣.

٢. تحرير المجلّة ١: ٢٣.

٣. الأُصول العامّة للفقه المقارن: ٨٦.

٤. وقد عرضها مع أجوبتها قحطان الدوريّ في رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي.

أدلّة جواز عقد التأمين

الدليل الأوّل: إنّ كنه العقد وحقيقته هو ما يراه العرف عقداً، ومعاملة التأمين عقد مستقلّ، كما قد صرّح المختصّون به والباحثون عنه، وإذا كان التأمين عقداً فيكون مشمولاً للعمومات الدالّة على لزوم العقد ووجوب الوفاء به، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ وقوله: ﴿تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾، بناءً على أنّ هذه العمومات شاملة لكلّ ما يتعاقد عليه الطرفان وإن لم يكن موجوداً زمن المشرّع الإسلامي، وبشرط ألّا يخالف أغراض الشارع كالربا.

وما يقال عن الإيجاب والقبول فمتوفّران بمعاملة التأمين، ويتحقّقان بأيّ مبرز ينشئه العاقدان من دون حاجة إلى صيغة مخصوصة أو لفظ معيّن. وليس في هذا العقد ما يوجب غضاضة بعد أن يتعرّف الطرفان على شروطه كافّة ويوقّعاه باختيار ورضاً منهما. وقد نصّ على عقدية التأمين وارتضاه جملة من الأعلام[1].

والخلاصة: إنّ التأمين عقد، فيكون مشمولاً للعمومات الآمرة بوفاء العقود.

الدليل الثاني: إنّ عملية التأمين تندرج في باب الضمان؛ لوجود أركانه فيها، وذلك إنّ أركان الضمان ثلاثة: ضامن، ومضمون له، ومضمون. أمّا المضمون عنه فغير ضروريّ في حقيقة الضمان؛ لوجود الضمان الثلاثيّ الأركان.

وبالمقابلة بين أركان المعاملتين نجد أنّ المؤمّن أو الشركة تقابل الضامن، المستأمن يقابل المضمون له، المؤمَّن عليه ومبلغ التأمين يقابلان المضمون.

وذلك إنّ المؤمَّن عليه ـ وهو المال أو تبعات النفس كالمرض ونحوه ـ عند تلفه أو حدوث الخطر فيه تدفع الشركة عنه مبلغاً من المال أو تصلح الضرر، وهو المعبّر

---

١. المستمسك ١٣: ٣٤٩، مناهج الهداية: ٦٥، مجلّة المحاماة: ٥٦٣ رقم ٤٦٠، الوسيط ٧: ١٠٨٨، سبب الالتزام وشرعيته: ٣٦٦، وانظر جملة من الأعلام ممّن جوّزوا التأمين، ذكرهم الدوري في رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي: ٥٩، وما بعدها.

عنه بـ «مبلغ التأمين». فالتزام الشركة من قبيل ما قلناه عن أحد أنواع الضمان من أنّ المراد به أن يتعّهد الضامن بأداء الدين أو ردّ العين إلى المالك، وعند التعذّر فهو ضامن لخسارته، وإذن فأركان العمليّتين سواء، إلّا أنّ إلحاق التأمين بالضمان كمصداق من مصاديقه، وتصحيحه على هذا الأساس يتوقّف على توسعة الضمان ـ وعدم قصره على الديون ـ إلى الأعيان مملوكة وغير مملوكة، وهو ما ذهب إليه الشيخ الحلّي[1].

بل إنّ التعبير الفقهي بـ «ضمان الأعيان غير المضمونة بالأصل» هو تعبير آخر عن معنى التأمين أو التزام المؤمّن بالمؤمَّن عليه، وقد رأينا سابقاً من نصّ الطباطبائي تجويزه ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة قائلاً: والأقوى بمقتضى العمومات صحّته أيضاً[2]. وبما أنّ المؤمَّن عليه من الأعيان غير المضمونة أو من تبعاتها فيشمله الدليل. وممّا قاله السيد الحكيم عند تحرير صاحب العروة ضمان الأعيان غير المضمونة: نعم إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمّة بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان... بل بمعنى محض اشتغال الذمّة، فمعنى ضمنت الأمانة التي عند زيد، اشغلت ذمّتي بها، أمكن التمسّك بعموم وجوب الوفاء بالشرط والعهد ونحوهما... إلى أن قال: ولعلّ من ذلك ضمان شركة التأمين المتعارف في هذا العصر وإن كان ضمانها في مقابل المال لا تبرّعاً[3].

وقال الشيخ علي الخفيف في جواز أخذ العوض عن الضمان وعدمه:... الفقهاء اختلفوا فيما يجوز أخذ العوض فيه وما لا يجوز تبعاً للاجتهاد والعرف؛ لعدم ورود

---

١. بحوث فقهية: ٣٠.

٢. العروة الوثقى: ٦٧٤.

٣. مستمسك العروة الوثقى ١٣: ٣٤٨.

نصّ من الكتاب أو السنّة بذلك... إلى أن قال: والضمان ليس من المعروف الواجب فعله، فجاز أخذ عوض عنه.. فأخذ العوض عن الضمان أمر تدعو إليه المصلحة، وهو مباح بالإباحة الأصلية[١].

التقريب المختار

لمّا كان التأمين عقداً تتوفّر فيه أركان الضمان فتشمله عمومات الوفاء بالعقود.

وبيان ذلك: أنّ الضمان هو التعهّد بالشيء، ولم يوجد دليل على حصر المضمون بالمال الثابت بالذمّة، بل الدليل قائم على صحّة الأعمّ من الثابت في الذمّة وغيره، كما يأتي في موضوع «ضمان ما لم يجب»، وأنّ أركان معاملة التأمين نفس أركان الضمان، وأنّ هذه المعاملة لم تكن غررية ممنوعة ولا سفهية لدى العقلاء، بل أقرّوها وعملوا بها، فبتمام هذه الأُمور لم يكن بعد ما يتصوّر من منعها ومن أن تكون من مصاديق الضمان، فتندرج فيه مشمولة بأدلّته المصحّحة له.

وهناك وجوه أُخرى، حاول بعض الفقهاء أن يوجّه بها صحّة معاملة التأمين، وهي:

١ ـ استدلّ الشيخ محمد عبده على جواز التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح[٢] بعقد المضاربة، فقد وجّه إليه سؤال يتلخّص في أنّ رجلاً اتّفق مع جماعة على أن يعطيهم مبلغاً معلوماً في مدّة معلومة على أقساط معيّنة للاتّجار فيما يبدو لهم فيه المصلحة، وأنّه إذا مضت المدّة المذكورة وكان حيّاً، يأخذ المبلغ مع ما ربحه من التجارة في تلك المدّة، وإذا كان قد توفّي خلالها يأخذ ورثته المبلغ أو يأخذ من

---

١. التأمين للخفيف نقلاً: ٤٩ ـ ٥٠، التأمين في الفقه الإسلامي: ٢٠٣.

٢. عقد التأمين المختلط هو عقد بمقتضاه يدفع مبلغ التأمين عند وفاة الشخص المؤمّن عليه خلال مدّة التأمين أو في نهاية تلك المدّة إذا كان ما يزال على قيد الحياة، ويصدر هذا العقد إمّا مع حقّ الاشتراك في الأرباح وإمّا بدون حقّ الاشتراك في الأرباح. مبادئ التأمين إلى دنسديل: ٢٣.

يطلق له ذلك حال حياته. فأفتى الشيخ محمد عبده بأنّ ذلك الاتّفاق يكون من قبيل شركة المضاربة، وهي جائزة، ويجوز للرجل أو ورثته أو من يكون له حقّ التصرّف أخذ المال[١]. وقد صرّح الدكتور جمال الدين بأنّ السؤال المذكور ينصب على عقد التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح[٢].

إيراد

وقد يقال: إنّ من شروط المضاربة ـ كما هو المشهور عند الفقهاء ـ أن يكون رأس المال من الذهب والفضّة المسكوكين بسكّة المعاملة، وهو شرط لم يتوفّر غالباً في معاملات العصر الحاضر.

وقبل الإجابة عن الإيراد المذكور نعرض بعض نصوص الفقهاء حول الاشتراط وعدمه. فالشرط المذكور هو المشهور عند الإماميّة، بل اشتهرت دعوى الإجماع عليه عندهم[٣].

لذا نجد الشيخ الحلّي قرّب إمكان التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح على نحو المضاربة أيضاً، إلّا أنّه أبطله لعدم توفهر الشرط المذكور غالباً في هذا النوع من المعاملات[٤].

وقال في العروة عن الشرط المذكور: لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع. نعم تأمّل فيه بعضهم، وهو في محلّه؛ لشمول العمومات إلّا أن يتحقّق الإجماع وليس ببعيد، فلا يترك الاحتياط[٥]. وقال مغنية: مع العلم بأنّ الذهب والفضّة لم يردا

---

١. مجلّة المحاماة: ٥٦٣، السنة الخامسة، رقم ٤٦٠.

٢. سبب الالتزام وشرعيته: ٣٦٨.

٣. مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٢٤٤.

٤. بحوث فقهية: ٣٩.

٥. العروة الوثقى: ٥٩٥.

إطلاقاً في روايات المضاربة[١].

أمّا بقية المذاهب فبينهم اختلاف وتفصيل حول الشرط المذكور قال ابن مودود الموصليّ من الأحناف عن المضاربة: إنّها لا تجوز إلّا بالنقدين[٢]، وكذا في إحدى الروايتين عن أحمد، كما نقله ابن قدامة الحنبليّ[٣]، وقال الحجاويّ: أن يكون رأس المال من النقدين المضروبين، فلا تصحّ شركة العنان ولا المضاربة بعرض[٤]. وقال الشيرازيّ من فقهاء الشافعية: ولا يصحّ إلّا على الأثمان، وهي الدراهم والدنانير، فأمّا ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس فلا يصحّ القراض عليها[٥].

وقال ابن رشد: أجمعوا على أنّه جائز بالدنانير والدراهم، واختلفوا في العروض[٦] وممّا قاله: واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضّة، فروى عنه أشهب منع ذلك، وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ. وبالمنع في ذلك قال الشافعيّ والكوفي، فمن منع القراض بالنقد شبّهها بالعروض، ومن أجازها شبّهها بالدراهم والدنانير[٧]. ونقل ابن قدامة عن الأثرم أنّه قال: سمعت أبا عبدالله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟ قال: جائز. فظاهر هذا صحّة الشركة بها، اختار هذا أبو بكر، وأبو الخطّاب، وهو قول مالك وابن أبي ليلى، وبه قال في المضاربة طاوس والأوزاعيّ وحمّاد بن أبي سليمان[٨].

---

١. فقه الإمام جعفر الصادق ٤: ١٥٧.

٢. الاختيار لتعليل المختار ٣: ١٩.

٣. المغني ٥: ١٤ـ ١٥.

٤. الإقناع ٣: ٤٩٨، وانظر كشّاف القناع ٣: ٥٠٧.

٥. المهذّب ١٤: ١٨٩.

٦. بداية المجتهد ٢: ٢٣٤.

٧. المصدر السابق: ٢٣٥.

٨. المغني ٥: ١٥.

أو بدونها ـ فيحقّ للمالك الرجوع إلى كل واحد من الغاصب الأول والثاني، وهكذا لو تعدّد الغاصبون.

أمّا دليل الضمان في تعاقب الأيادي فهو قوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[١] ونسبة الضمان إلى كلّ من الضامن السابق واللاحق واحدة، ومن آثار ذلك جواز رجوع المالك إلى كلّ واحد منهما، ومنه يفهم أنّ للعين ضماناً واحداً على البدل، فإذا استوفى المالك حقّه من أحدهم فليس له أن يرجع إلى الآخرين؛ إذ لا موضوع لرجوعه بعد ذلك. ثم إنّ الغاصب الأوّل له أن يرجع إلى الثاني إذا تحمّل الخسارة، لأنّ ضمانه بمنزلة الموضوع لضمان اللاحق، فيكون ضمان اللاحق في طول ضمان سابقه، وهذا أثر الصفة الاعتبارية.

وذكر الآمليّ أنّ الضمان الطوليّ يتصوّر على قسمين[٢]:

أوّلهما: لا يصحّ للمالك الرجوع على الضامن الأوّل في عرض رجوعه على الضامن الثاني، وإذا أدّى الثاني ما في ذمّته صحّ له الرجوع إلى الأوّل.

ثانيهما: يصحّ للمالك أن يرجع إلى الأوّل والثاني، فإذا رجع إلى الأوّل منهما صحّ للأوّل أن يرجع إلى الثاني بما اغترمه، وإذا رجع إلى الثاني فليس لهذا الرجوع إلى الأوّل ما لم يكن غارّاً.

ومنشأ ذلك الاختلاف آتٍ من سبب الضمان، وهو إمّا العقد أو الإتلاف أو تعاقب الأيادي. فكما يتصوّر تحقّق ضمان واحد بكلّ واحد من هذه الأسباب ـ العقد والأمر المعاملي، أو الإتلاف، أو اليد ـ يتصوّر كذلك تعدّده، ويكون الكلام عنه وعن بعض آثاره بالشكل التالي:

---

١. مستدرك الوسائل ١٤: ٧ و١٧: ٨٨.

٢. تعليقة على المكاسب ٢: ٢٨٧.

مناقشة ورأي

قد يقال: إنّ اشتراط أكثر الفقهاء كون رأس مال المضاربة من الذهب والفضّة من دون الاستناد إلى دليل شرعيّ لا يكون ملزماً، خاصّة وأنّ هناك من يعاكسهم في هذا الشرط أو هو موضع تأمّل لديه، كما رأينا من النصوص آنفة الذكر، ومنه يتبيّن عدم وجود الدليل وعدم تحقّق دعوى الإجماع.

وربما كان نظر القائلين بالاشتراط إلى أنّ الذهب والفضّة هما النقود المتداولة في عهد التشريع فاقتصروا عليها، وإلّا فلا خصوصية لهذا الفرد من النقود دون غيره منها، بل ولا دليل عليه بشهادة صاحب العروة الوثقى.

وعليه فيكتفي بالعملية المعروفة بين الناس، وإذ شاع في العصر الحاضر استعمال الأوراق النقدية فلا مانع من جعلها رأس مال في المضاربة.

ومع ما تقدّم، فلو لم تصحّ عملية التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح مضاربة، بدعوى الإجماع السابق على كون رأس مال المضاربة من الذهب والفضّة فإنه يمكن تصحيح المعاملة المذكورة باعتبارها عقداً تعارف عليه الناس، فتشمله العمومات الآمرة بالوفاء بالعقود كآية الوفاء بالعقد[1]، وآية ﴿ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[2].

٢ ـ اعتبار التأمين من نوع الهبة بشرط تحمّل الخسارة، فيهب طالب التأمين للشركة مالاً دفعةً أو أقساطاً بشرط أن تتحمّل الشركة لمدّة عشر سنوات مثلاً مقداراً من المال تعويضاً عمّا يحدّث بمال المستأمن أو بنفسه، فيكون المستأمن موجاً والشركة قابلاً لهذه الهبة المشروطة[3]. وبهذا التصوير صحّح الشيخ الحلّي أيضاً

---

١. المائدة: ١ ونصّها: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ﴾.

٢. النساء: ٢٩.

٣. بحوث فقهية: ٢٣.

التأمين المختلط مع الاشتراك في الأرباح وقال: وعند تخلّف الشرط، للواهب فسخ الهبة واسترجاع ما دفعه إليهم[١].

وقال السيّد الحكيم: ويمكن أن يكون المال مبذولاً مجّاناً بشرط إنشاء الضمان أو بشرط تدارك الخسارة لو اتّفقت، فلا يكون ضمان في البين وإنّما يكون تدارك خسارة لا غير، وأمّا بذل المال في مقابل تدارك الخسارة فلا يصحّ؛ لعدم وجود الخسارة في بعض الأوقات، فيكون المال بلا عوض[٢].

ولعلّ ما اقترحه الدكتور الصديق محمّد الأمين من التأمين التعاوني لا يعدو الهبة بشرط الضمان، إذ لا سبيل إلى التأمين المعروف للغرر وعدم تعيّن الحاجة به، فممّا قاله: على أن يكون المعنى التعاوني بارزاً فيه بروزاً واضحاً، وذلك بالنصّ صراحة في عقد التأمين. على أنّ المبالغ التي يدفعها المشترك تكون تبرّعاً منه للشركة يعان منها من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام المتّفق عليه[٣].

والهبة المشروطة بشكل عامّ جائزة عند الفقهاء على تفصيل بينهم، ومن نصوصهم في الهبة أو التبرّع بشرط عوض أو التزام ما قاله مغنية: وعلى هذا فلا مانع أن يهب شخص شيئاً لآخر بشرط أن يهب الموهوب له شيئاً، أو يقوم بالتزام معيّن من فعل أو ترك[٤]. ونصّت مجلّة الأحكام على صحّة الهبة بشرط عوض ومثّلت له بما لو وهب أحد وسلّم عقاراً مملوكاً له لآخر بشرط أن يقوم بنفقته حتى الممات، وكان الموهوب له راضياً بإنفاقه حسب ذلك الشرط، فليس للواهب إذا ندم

---

١. بحوث فقهية: ٤٠.

٢. مستمسك العروة ١٣: ٣٤٩.

٣. الغرر وأثره في العقود: ٦٦٣.

٤. فقه الإمام جعفر الصادق ٤: ٢٢١.

الرجوع عن هبته واسترداد ذلك العقار[١]. وبصحّة الهبة واعتبار الشرط قال علي حيدر أيضاً[٢].

مناقشة

ولكن مع صّحة مضمون ما استدلّوا به على عقد التأمين يقال فيه: إنّه مجرّد تصوير نظريّ لتصحيح معاملة التأمين، وذلك فيما لو أُريد لها أن تقوم على ما ذكروه من أُسس، بينما الحديث متّجه إلى معرفة حكم معاملة التأمين القائمة فعلاً بما فيها من تقييدات وشروط معروفة. وبعبارة أُخرى: ما هو المصحّح لمعاملات التأمين الجارية فعلاً بين الناس مع العلم أنّ كلّاً من المؤمِّن والمستأمن حين إبرامهما العقد، لم تتّجه نيّتهما إلى الهبة بشرط تحمّل الخسارة.

أمّا الدكتور الصديق فيمكن مناقشته في استدلاله:

أ ـ ما جاء سابقاً عن صحّة ارتباط الشيء بالحاجة إليه؛ فإذا لم يمنع منه الشارع ورآه العرف صحيحاً فلا حاجة لاشتراط «الحاجة» التي تعني المشقّة والحرج، وإقصاء شركات التأمين غير التعاونية على ذلك الأساس.

ب ـ إنّ دليله لا يعدو فكرة الهبة بشرط الضمان، وهو كافٍ في تصحيح التأمين. فتقييده جواز التأمين في صورة أساسها التعاون وحسب تضييق للتأمين، لحصره بما كان تعاونياً منه وإخراج ما عداه من الصور المشمولة للأدلّة السابقة الكافية في تصحيحها.

٣ ـ اعتبار التأمين من نوع الصلح بشرط تحمّل الخسارة، فيتصالح الطرفان ـ الشركة وطالب التأمين ـ أن تتحمّل الشركة ما يحلّ بالطرف الثاني، بشرط أن يدفع

---

١. م ٨٥٥.

٢. درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام ٢: ٣٧٦.

مقداراً معيّناً من المال فيقبل المؤمَّن له، ويمكن أن ينعكس الأمر فيدفع طالب التأمين مقداراً معيّناً من المال إلى الشركة على أن تتحمّل خسارة ما يحدث بماله[١].

وقد ذكر مقرّر بحث السيد شريعتمداري من وجوه تصحيح التأمين اشتراط الضمان المذكور في ضمن مصالحة مال ولو كان يسيراً بمال كذلك، إلّا أنّه لا ملزم على هذا بعد كونه معاملة عقلائية[٢].

وما قلناه في الهبة بشرط تحمّل الخسارة، يقال في جملته هنا دليلاً ومناقشة.

---

١. بحوث فقهية: ٣٤.

٢. مناهج الهداية: ٦٥.

القسم الثاني
مجالات الضمان في العقود التبعيّة
«عقد الضمان»

ويشتمل على:

تمهيد: إطلاق عقد الضمان لدى الفقهاء، وأدلّة عقد الضمان

الفصل الأوّل: ضمان الدين

الفصل الثاني: ضمان العين

تمهيد

إطلاق «عقد الضمان» لدى المدارس الفقهية

تطلق المدارس الفقهية «عقد الضمان» على ما كان فيه مضمون، ومضمون له، ومضمون عنه، وضامن، ومثاله: خالد مدين لزيد بمبلغ من المال فطلب زيد من المدين أن يضمن دينه ضامن، فضمن أحمد المبلغ وتعهّد به لزيد.

فمبلغ الدين هو المضمون، وزيد هو المضمون له، وخالد هو المضمون عنه، وأحمد هو الضامن.

ونتبيّن فيما يلي ما يطلق عليه «عقد الضمان» لدى المدارس الفقهية:

الإمامية

ولعقد الضمان عند الإمامية إطلاقان، أعمّ وأخصّ، وهما:

١ ـ الأعمّ، ويشمل كلّاً من كفالة النفس، والحوالة، والضمان بالمعنى الأخصّ[١] والضمان لدى الإطلاق من دون قيد ينصرف في عرفهم إلى الأخير[٢].

٢ ـ الأخصّ، وهو ما عدا الحوالة والكفالة، ويطلق على:

أ ـ ضمان الذمّة، وهو يفيد تحويل ما هو ثابت في ذمّة إلى ذمّة أُخرى.

---

١. قواعد الأحكام ٥: اب٠٣٥.

٢. مفتاح الكرامة ٥: ٣٤٩.

ب ـ ضمان العهدة وكون المضمون متداركاً على الضامن، كضمان الأعيان المغصوبة عمن هي في يده، ونقصان الصنجة وغيرها[١].

المالكية

والضمان والكفالة عندهم سواء، وهي نوعان: حمّالة بالنفس وحمّالة بالمال، وأقسامها ثلاثة:

١ ـ ضمان بالمال.

٢ ـ حمّالة بالنفس ـ وتعرف بضمان الوجه ـ ويلتزم فيها الضامن بإحضار المدين، ولا تشغل ذمّته إلّا عند عدم إحضاره له.

٣ ـ ضمان الطلب، وبه يلتزم الضامن طلب وتفتيش الغريم من دون تفريط، فإن فرّط فعنده تشغل ذمّته بالمال[٢].

الحنفية

الكفالة والضمان تعنيان معنىً واحداً عند الحنفيّة، وهي نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال، ديناً كان أو عيناً[٣]. وقسّمت مجلّة الأحكام[٤] الكفالة إلى ثلاثة أقسام هي:

١ ـ الكفالة بالمال. ٢ ـ الكفالة بالنفس. ٣ ـ الكفالة بالتسليم. وتناولته المجلّة في المادّة ٦١٥ و٦٣١.

وتختلف كفالة التسليم عن كفالة العين المضمونة من حيث الماهية والحكم. أمّا

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٦، بلغة الفقيه ٢: ٣٣٥.

٢. بداية المجتهد ٢: ٢٩١ ـ ٢٩٢، مختصر خليل ومواهب الجليل ٥: ٩٦، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٣.

٣. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١.

٤. مجلّة الأحكام مواد ٦١٣ و٦١٤ و٦١٥، درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام ١: ٦١٦.

الماهية فالكفالة بالعين هي كفالة بأداء ثمنها، وكفالة التسليم هي كفالة بتسليم العين، وأمّا الحكم فكفالة العين تسليمها إن كانت موجودةً وبدلها عند التلف، بينما يطالب الكفيل في كفالة التسليم بإرجاع العين ما دامت موجودةً وإن تلفت فلا شيء عليه[١].

الشافعية

والضمان لدى الشافعية يطلق على:

١ ـ ضمان الديون والمنافع.

٢ ـ ضمان العين، ويعبّر عنه بكفالة العين، كضمان العين المغصوبة، بمعنى ردّها ما دامت باقيةً، فإن هلكت فلا شيء على الضامن[٢].

٣ ـ الكفالة بالنفس، وتسمّى كفالة الوجه أيضاً، والمذهب صحّة كفالة البدن، وهي نوع من الضمان مختصّ بالأبدان[٣].

الحنابلة

ويطلقون الضمان على:

١ ـ ضمان الأموال بما فيها الديون الثابتة والحقوق الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب، وإن لم تكن فعلاً واجبة كثمن المبيع في مدّة الخيار ونفقة الزوجة المستقبلة.

٢ ـ كما يطلقون على الكفالة، وهي أن يلتزم بإحضار من عليه حقّ ماليّ إلى ربّه[٤]، فالضمان يعمّ الكفالة إلّا أنّها تختصّ بالبدن.

---

١. الاختيار ٢: ١٧٠، درر الحكّام ١: ٦٢٣ ـ ٦٢٤.

٢. تحفة المحتاج بشرح المنهاج ٥: ٢٤٠ و٢٥٠ و٢٥١ و٢٦٦، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٥.

٣. المنهاج ٥: ٢٥٧، تحفة المحتاج ٥: ٢٤١، المهذّب مع التكملة ١٣: ٤٨٤.

٤. دليل الطالب لنيل المطالب: ٤٣، مختصر الإنصاف والشرح الكبير: ٣٤٤، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٥.

الظاهريّة

الكفالة عندهم هي الضمان، وتطلق على ما يفيد التحويل والنقل من ذمّة المدين إلى ذمّة الضامن. أمّا ضمان الوجه فلا يجوز عندهم لا في مال، ولا في حدّ، ولا في شيء من الأشياء[١].

أدلّة عقد الضمان

ويحسن بنا قبل الدخول في تفصيلات مباحث عقد الضمان، أو نعرض أدلّة تشريعه، وتمهيداً لما استفيد منها في توجيه ضمان الدين أو العين.

وقد استدلّ لعقد الضمان «ذي الأربعة أركان» بعدّة أدلّة نعرضها بإيجاز:

الدليل الأوّل: القرآن الكريم

فقد استدلّ على عقد الضمان بعدّة آيات، منها:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾[٢]. والزعيم هو الكفيل[٣].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿سَلْهُم أَيُّهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾[٤].

ومنطوق الآيتين دالّ على فكرة الضمان وأصل مشروعيته بشكل عامّ، وأكثر ما استدلّ به الفقهاء من الآيتين هو الآية الأُولى، كما في التذكرة للعلّامة الحلّي، والمبسوط للسرخسي، والمغني لابن قدامة، وكشّاف القناع ومختصر المزني، وغيرها[٥]. وممن استدلّ بالآية الثانية العلّامة الحلّي في تذكرته، والمزني في مختصره.

---

١. المحلّى بالآثار ٨: ١١٩.

٢. يوسف: ٧٢.

٣. تفسير الفخر الرازي ١٨: ١٧٩.

٤. القلم: ٤٠.

٥. تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥، المبسوط ١٩: ١٦١، المغني ٤: ٤٨٠، كشّاف القناع ٣: ٣٦٣، مختصر المزني ٨: ١٠٨.

وجه الاستدلال: إنّ ما ثبت في شريعة من قبلنا ولم يرد به نسخ فهو ثابت في شريعتنا، وليس في حمل البعير جهالة؛ لمعلومية مقداره[١].

٣ ـ قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[٢].

وجه الاستدلال بالآية: ووجه الاستدلال بها كالوجه السابق، وعلى اعتبار أنّ الكفالة تعني الضمان بالمال أيضاً[٣].

شريعة من قبلنا

ونجد بعض الفقهاء استدلّ بالسنّة والإجماع، ولم يشر إلى آيات الكفالة كابن رشد في بداية المجتهد، ولعلّ الوجه فيه أنّهم من نفاة الاستدلال بشريعة من قبلنا[٤].

والتحقيق: أنّ ما ثبت في تلك الشرائع وتمّت حجيّتها بالإقرار من قبل شريعتنا لأصل الشرائع يؤخذ به[٥].

٤ ـ قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٦].

وجه الاستدلال: وممن استدلّ بالآية صاحب الرياض[٧]، ولعلّ وجه الاستدلال

---

١. وحدّد حمل البعير بالوسق، كما في تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥ أو أنّه كالوسق كما في المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٤٨.

٢. آل عمران: ٣٧.

٣. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦٠ ـ ١٦١، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢١.

٤. قال علي حسب الله: فنقل عن أصحاب أبي حنيفة وبعض المالكية وبعض أصحاب الشافعي وعن أحمد في إحدى روايتين عنه. أنّه يكون شرعاً لنا، لأنّه شرع من عند الله لم يثبت نسخه... إلى أن قال: وعن بعض أصحاب الشافعي وفي رواية عن أحمد وعليه الأشاعرة والمعتزلة أنّ ذلك لا يكون شرعاً لنا. أُصول التشريع الإسلامي: ٥٨ ـ ٥٩، وانظر: أُصول الفقه الإسلامي لشاكر حنبلي: ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

٥. الأُصول العامّة للفقه المقارن: ٤٣١، المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١.

٦. المائدة: ١.

٧. رياض المسائل ١: ٥٩٦.

بها أنّها دالّة على لزوم العقد ووجوب الوفاء به، أعمّ من أن تكون تلك العقود موجودة في زمن الشارع أو مستحدثة بعده. فكلّ ما تعاقد عليه الطرفان ولم يخالف أغراض الشارع ـ كالربا ـ يكون مشمولاً بالآية، والضمان عقد فيلزم ويجب الوفاء به.

الدليل الثاني: السنّة

واستدلّ الفقهاء على مشروعية عقد الضمان بالسنّة قولاً وفعلاً وتقريراً، وممّا استدلّ به:

أ ـ قول الرسول ﷺ

١ ـ قال رسول الله ﷺ: «**العارية مؤدّاة، والمنحة مردودة، والدين مقضيّ، والزعيم غارم**»[١].

واستدلّت بالرواية جملة من الكتب الفقهية كالمبسوط، والاختيار، والمغني، وكشّاف القناع، ومختصر المزني، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج، وبداية المجتهد، وجاءت الرواية أيضاً في التذكرة، ومفتاح الكرامة، والرياض[٢].

٢ ـ قوله ﷺ: «**أنا وكافل اليتيم في الجنّة كهاتين**» وأشار بأصبعيه السبابة والوسطى[٣].

٣ ـ أبو سعيد الخدري: كنّا مع النبيّ في جنازة، فلمّا وضعت قال: «**هل على صاحبكم من دين؟**» قالوا: نعم، درهمان، قال: «**صلّوا على صاحبكم**»، فقال عليّ:

---

١. مسند أحمد بن حنبل ٥: ٢٦٧، وانظر سنن الترمذي ٥: ٢٦٩، ابن ماجة ١: ٨٠٤.

٢. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١ و ٢٠: ٢٨، الاختيار لتعليل المختار ٢: ١٦٦، المغني ٤: ٤٨٠، كشّاف القناع ٣: ٣٦٣، مختصر المزني ٨: ١٠٨، تحفة المحتاج ٥: ٢٤١، بداية المجتهد ٢: ٢٩١، تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥، مفتاح الكرامة ٥: ٣٤٩، رياض المسائل ١: ٥٩٦، وفي هذه المواضع تجد بقيّة الروايات ممن استدلّ بها.

٣. سنن الترمذي ٨: ١٠٦، وانظر البخاري ٤: ٥٢، الموطّأ ٢: ٢٣٢.

«عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن». فقام رسول الله فصلّى عليه، ثم أقبل على عليّ فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك الله رهانك كما فككت رهان أخيك»[١].

وبمضمون الرواية في سبل السلام، وفيها: «ديناران» وممّا فيها: فقال عليّ: «هما عليّ يا رسول الله وهو بريء منهما» فصلّى عليه، ثم قال: «جزاك الله خيراً وفكّ الله رهانك»[٢]. الحديث.

٤ ـ وعن جابر قال: توفّي رجل منّا فغسّلناه وحنّطناه وكفّنّاه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ فقلنا: تصلّي عليه. فخطا خطاً ثم قال: «أعليه دين؟» فقلنا: ديناران، فانصرف، فتحمّلهما أبو قتادة، فأتيناه، فقال أبو قتادة: الديناران عليّ، فقال رسول الله ﷺ: حقّ الغريم وبريء منهما الميّت؟» قال: نعم، فصلّى عليه[٣].

وفي سبل السلام: وأخرجه البخاري من حديث سلمة بن الأكوع إلّا أنّ في حديثه ثلاثة دنانير، وكذلك أخرجه أبو داود والطبراني... وفي رواية الحاكم: أنّه صلّى الله عليه وسلّم جعل إذا لقي أبا قتادة يقول: ما صنعت الدينارين؟ حتى كان آخر ذلك أن قال: قضيتهما يا رسول الله قال: «الآن بردت جلدته»[٤].

وممّا ذكر في رواية ابن الأكوع: فقيل: لم لا تصلّي عليه؟ قال: «ما تنفعه صلاتي وذمّته مرهونة إلّا أن قام أحدكم فضمنه» الرواية.

٥ ـ وعن عطاء عن الباقر عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك إنّ عليّ ديناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه، فقال: «سبحان الله ما بلغك أنّ رسول الله ﷺ كان يقول في

---

١. سنن الدارقطني ٣: ٧٨، نيل الأوطار ٥: ٢٥٢، مصابيح السنّة ٢: ١٢.

٢. سبل السلام ٣: ٦٢.

٣. بلوغ المرام ٣: ٦٢، وقال: رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وصحّحه ابن حبّان والحاكم. وانظر سنن الدارقطني ٣: ٧٩.

٤. سبل السلام ٣: ٦٢، وانظر: نيل الأوطار ٥: ٢٥٣، صحيح البخاري ٢: ٣٨، سنن الدارقطني ٣: ٧٩.

خطبته: من ترك ضياعاً[1] فعليّ ضياعه، ومن ترك ديناً فعليّ دينه، ومن ترك مالاً فلأهله، فكفالة رسول الله ﷺ ميّتاً ككفالته حيّاً، وكفالته حيّاً ككفالته ميّتاً؟ فقال الرجل: نفّست عنّي جعلني الله فداك[2].

٦ ـ وعن أبي هريرة: إنّ رسول الله ﷺ، كان يؤتى بالرجل المتوفّى عليه الدين، فيسأل: «هل ترك لدينه من قضاء؟» فإن حدّث أنّه ترك وفاءً صلّى عليه، وإلّا قال: «صلّوا على صاحبكم». فلمّا فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفّي وعليه دين فعليّ قضاؤه»[3].

٧ ـ سئل الإمام الصادق عليه السلام عن رجل مات وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء؟ قال: «إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميّت»[4].

ب ـ فعل الرسول ﷺ

عن ابن عباس من أنّ رجلاً لزم غريماً له وقال: لا والله لا أُفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فتحمّل بها رسول الله ﷺ مدّة شهر ثم قضاها عنه[5]. إلى غير ذلك من الروايات.

وجه الاستدلال بالروايات: والروايات السابقة صريحة فيما سبقت له من صحّة الضمان عن الغير، أمّا بقيّة ما يستفاد منها في الضمان، كاشتراك الذمتين بالمضمون أو اختصاص إحديهما به، فيأتي الحديث عنه.

---

١. الضياع: العيال أو ضيعهم.

٢. وسائل الشيعة ١٣: ٩٢.

٣. بلوغ المرام ٣: ٦٣، وقال: متّفق عليه.

٤. وسائل الشيعة ١٣: ١٥٠.

٥. سنن ابن ماجة ٢: ٨٠٤. وممّن استدلّ بالرواية ابن قدامة في المغني ٤: ٤٨٩، وذكرها ابن رشد في بداية المجتهد ٢: ٢٩٢ غير أنّ ابن حزم ضعّف الرواية في المحلّى بالآثار ٨: ١١٦ قائلاً: إنّه من رواية عمرو بن أبي عمرو، وهو ضعيف ضعّفه ابن معين وغيره، وقد تركوا روايته في غير قصّة.

ج ـ السيرة الممضاة

ومن أدلّة تشريع الضمان هو إقرار الرسول وإمضاؤه لسيرة الناس في كفالة بعضهم بعضاً. قال في الاختيار لتعليل المختار: وبعث النبيّ ﷺ والناس يتكفّلون فأقرّهم عليه، وعليه الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا من غير نكير[١]، ونظيره ما جاء في المبسوط[٢].

وممّا يدلّ على هذه المفروغية عن مشروعية الضمان لدى الناس، ما روى عيسى بن عبد الله: احتضر عبد الله بن الحسن، فاجتمع عليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال: ما عندي ما أُعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من بني عمّي عليّ بن الحسين عليه السلام وعبد الله بن جعفر؟ فقال الغرماء: أمّا عبد الله بن جعفر فمليء مطوّل، وعليّ بن الحسين رجل لا مال له صدوق، وهو أحبّهما إلينا. فأرسل إليه فأخبره الخبر فقال: «أضمن لكم المال ولي غلّة»[٣] ولم يكن له غلّة كَمَلاً[٤]. فقال القوم: قد رضيناه وضمّنوه. فلمّا أتت الغلّة أتاح الله له بالمال فأدّاه[٥].

الدليل الثالث: الإجماع

وقد نقل كثير من الفقهاء الإجماع من المسلمين كافّةً على جواز الضمان وإن اختلفوا في فروعه، كما في تذكرة الفقهاء، ورياض المسائل، وشرح الأزهار، وبداية المجتهد، والاختيار، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج، والتكملة الثانية شرح المهذّب،

---

١. الاختيار ٢: ١٦٦.

٢. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١.

٣. الغلّة: الدخلة من كراء دار، وأُجرة غلام، وفائدة أرض.

٤. أعطاه المال كَمَلاً: أي كاملاً.

٥. تهذيب الأحكام ٦: ٢١١، وسائل الشيعة ١٣: ١٥٣.

والمغني، وكشّاف القناع، والميزان وغيرها[١].

قال العلّامة الحلّي: وقد أجمع المسلمون كافّة على جوازه وإن اختلفوا في فروعه[٢].

وقال عبد الله بن مفتاح: وأمّا الإجماع فلا خلاف فيها، أي الكفالة على الجملة[٣].

وقال ابن رشد: أمّا الحمالة بالمال فثابتة بالسنّة ومجمع عليها من الصدر الأوّل ومن فقهاء الأمصار[٤] وقال ابن قدامة: وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة[٥].

وبعد أن انتهينا من عرض أدلّة تشريع عقد الضمان، يقع الكلام فيه في فصلين هما:

١ ـ ضمان الدين.

٢ ـ ضمان العين والعهدة.

---

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥، رياض المسائل ١: ٥٩٦، شرح الأزهار ٤: ٢٦١، بداية المجتهد ٢: ٢٩١، الاختيار ٢: ١٦٦، تحفة المحتاج ٥: ٢٤١، التكملة الثانية شرح المهذّب ١٣: ٤٥٠، المغني ٤: ٤٨٠، كشّاف القناع ٣: ٣٦٣، الميزان للشعراني ٢: ٧٠.

٢. تذكرة الفقهاء : ٨٥.

٣. شرح الأزهار ٤: ٢٦١

٤. بداية المجتهد : ٢٩١.

٥. المغني ٤: ٤٨٠.

الفصل الأوّل

ضمان الدين[1]

محلّ الضمان

المضمون في هذا البحث هو الدين، ومثاله: لو كان لزيد في ذمّة عمرو مبلغ من المال، فيصحّ أن يتعهّد شخص ثالث بالمبلغ المذكور فيضمنه لزيد عن عمرو، ومنه يتبيّن أنّ التعريف بالذمّة والدين من ملازمات البحث.

الدين والعين

ويراد بالدين كليّ متعلّق بالذمّة، ومحلّ الالتزام به المثليّات من المال كـالنقود، بخلاف العين فإنّها لا تتعلّق بالذمم.

الذمّة

وهي في اللغة العهد[2]. وقد اختلفت كلمة الفقهاء في تحديدها ووقت وجودها. فرأي يذهب إلى كونها صفةً في الإنسان يصير بها صالحاً لما له وما عليه مـن

---

١. مراجع البحث في الكتب التالية: الفروق ٣: ٢٢٦ ـ ٢٣٥، تهذيب الفروق ٣: ٢٣٧، نظرية العقد في الفقه الجعفريّ: ٥٨، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور: ٤٤٠، مصادر الحقّ للسنهوري ١: ٢٠.

٢. غريب الحديث ١: ٣٦١ و٢: ٥١٢.

الحقوق والواجبات العبادية وغيرها، بل لا يراد بالذمّة إلّا نفس الإنسان كما يقول البزدوي. وعلى ذلك فله أن يملك منذ وجوده المال الموروث والموصى بـه، ولو أتلف مال غيره تعلّق بذمّته مثله أو قيمته، أمّا التزاماته الإرادية كالضمانات والبيوع فلابدّ أن تتوفّر فيها ما اعتبره الشارع من البلوغ والعقل وعدم الحجر.

ولمّا كانت الذمّة وصفاً يفترض الشارع وجوده في الإنسان ليكون صالحاً لما له وما عليه من الحقوق والالتزامات، فهذه الصلاحية ذاتها تسمّى بـ «أهلية الوجوب» وهي مترتّبة على الذمّة والصلة بينهما وثيقة.

والرأي الآخر في معنى الذمّة لا يختلف عن المعنى السابق إلّا من حيث تحديد وقت وجودها، يقول القرافي: يعتقد جماعة أنّها أهلية المعاملة، فإذا قلنا: زيـد له ذمّة، معناه: أنّه أهل لأن يعامل[١]. والواقع أنّهما حقيقتان متباينتان[٢] وفرق بينها وبين أهلية التصرّف، فالأخيرة منهما قد توجد بدون الذمّة وذلك في الصبيان المميّزين، حيث تصحّ معاملاتهم عند الأحناف والحنابلة والمالكية ولا ذمّة لهم عند الجميع. وتوجد الذمّة بدون أهلية التصرّف كالعبيد، فإنّهم محجور عليهم لحقّ السادات[٣].

والمراد بالذمّة ـ والنصّ لهاشم معروف ـ ما يؤدّي معنى الوعاء الاعتباريّ الذي يقع ظرفاً للديون والحقوق الثابتة على الإنسان[٤]. وبـهذا الوعـاء يـصير الإنسـان موضوعاً للإلزام والالتزام، وصالحاً لما له وما عليه من الواجبات.

ولمّا كانت الذمّة وصفاً تصدر عنه الحقوق والواجبات فمجالات استعمالها تكون في شتّى موضوعات مباحث الفـقه، فـهي لا تـقتصر عـلى النشـاط الاقـتصاديّ

---

١. الفروق ٣: ٢٢٦.

٢. المصدر السابق ٣: ٢٢٧.

٣. المصدر نفسه: ٢٢٨.

٤. نظرية العقد في الفقه الجعفري: ٥٢.

كالتكسّب بل تضمّ جميع الحقوق والواجبات، سواء كانت عباديةً محضةً كالصلاة والصيام، أو ماليّةً محضةً كالبيع والدين والضمان، أو ما اجتمعت فيه الجنبتان المالية والصفة العبادية كالزكاة.

وأمّا وجود الذمّة فهي توجد بوجود الإنسان، وتنتهي بانتهاء حياته عـلى رأي فريق من الفقهاء، أو هي توجد حيث يصحّ توجّه التكليف إليه على رأي فريق آخر منهم. والذمّة بعد هذا لا تثبت لغير الإنسان ولا قبل وجوده حيّاً.

المبحث الأوّل

الأقوال في ضمان الدين وأدلّتها

اتّفاق واختلاف

تسالم الفقهاء على ضمان ما ثبت في الذمم ـ أي ضمان الدين ـ ولكنّهم اختلفوا في تفريعاته. وأبرز ما اختلفوا فيه هو أنّ نتيجة الضمان:

١ ـ نقل الدين إلى ذمّة الضامن وبراءة الذمّة الأصلية.

٢ ـ تعلّق الدين بذمّة الضامن والمضمون عنه ومطالبتهما به.

٣ ـ بقاء الدين في الذمّة الأصلية واشتراك الضامن والمضمون عنه في المطالبة.

ونعرض نصوص القائلين بهذه الأقوال ثم أدلّتهم:

الأقوال في الضمان

أوّلاً: الضمان يفيد النقل وبراءة الذمّة الأصليّة:

وعلى هذا الرأي إجماع فقهاء الإمامية وجميع الظاهرية وأمثال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي ثور، والحسن، ومحمد بن سيرين.

فمن كتب الإماميّة ما قاله في التذكرة من أنّ الضمان عندنا ناقل للمال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فللمضمون له مطالبة الضامن بالمال وليس له مطالبة المضمون عنه عند علمائنا أجمع، وبه قال ابن أبي ليلى، وابن

شبرمة، وداود، وأبو ثور[١].

وقال في رياض المسائل: وهو ـ أي الضمان ـ ينقل المال المضمون من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، ويبرئ ذمّة المضمون عنه بإجماعنا المستفيض الحكاية في كلام جماعة كالسرائر، والغنية، ونهج الحقّ، والمبسوط، والمسالك، والتذكرة، وغيرها من كتب الجماعة[٢].

وأمّا الظاهرية فقد قال ابن حزم: فقد سقط ذلك الحقّ عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكلّ حال، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه[٣].

وقال أيضاً: وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور وأبو سليمان وجميع أصحابنا كما قلنا من أنّ الحقّ قد سقط جملة عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً[٤]. وأضاف عن الحسن ومحمد بن سيرين قالا جميعاً: الكفالة والحوالة سواء[٥].

وفي إحدى الروايتين عن أحمد أنّ ذمّة الميّت تبرأ من الدين بنفس الضمان، كما نقله غير واحد عنه[٦].

قال ابن قدامة: وأمّا الميّت ففي براءته بمجرّد الضمان روايتان: إحداهما يبرأ بمجرّد الضمان، نصّ عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى[٧]. والذي يظهر من ابن

---

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٣، وانظر: مفتاح الكرامة ٥: ٣٨٢.

٢. رياض المسائل ١: ٥٩٨.

٣. المحلّى بالآثار ٨: ١١١.

٤. المصدر السابق: ١١٣، وانظر الميزان للشعراني ٢: ٧٠.

٥. المحلّى بالآثار ٨: ١١٣.

٦. المغني ٤: ٤٩٢، الميزان ٢: ٧٠، رحمة الأمّة ٢: ١٧.

٧. المغني ٤: ٤٩٢.

حجر عن الشافعيّ وأصحابه أنّهم قائلون ببراءة ذمّة الميّت، وبه أخذ أيضاً. جاء في فتاويه الكبرى: لأنّ الحوالة والضمان عند بعض العلماء متقاربان، وإليه ذهب أبو ثور؛ لأنّهما ينتظمان في كون كلّ منهما فيه نقل ذمّة رجل إلى ذمّة آخر... وفيه تصريح بما قدّمته من استواء الضمان والحوالة في حقّ الميّت... ومن ثم قال الخطّابيّ في الحديث: إنّ الضمان عن الميّت يبرئه إذا كان معلوماً، سواءٌ خلّف الميت وفاءً أم لا... لا يقال: الحديث إنّما هو حجّة للوجه المرجوح القائل بصحّة الضمان بشرط براءة الأصيل، لأنّا نقول: ليس كذلك، بل هو حجّة للمعتمد الذي قدّمناه، ودلّ عليه كلامهم أنّه يصحّ الضمان عن الميّت ولو بشرط براءته، ولا يضرّ هذا الشرط؛ لأنّه من مقتضيات العقد؛ إذ يلزم من صحّة الضمان براءته بمجرّد الضمان، كما مرّ عن الشافعيّ والأصحاب في التحمّل الصادق بالضمان والحوالة[١]. وجاء في موضع آخر: وسئل رضي الله تعالى عنه بما لفظه في المجموع: إنّ ظاهر كلام الشافعيّ رضي الله تعالى عنه والأصحاب رحمهم الله تعالى براءة ذمّة الميّت عن الدين بتحمّل الوليّ، واستشكله وصوّره بعضهم.. فأجاب بقوله: ما ذكر عن المجموع وتصويره بما ذكر صحيح معتمد. ثم صوّره ابن حجر على أنّه من قبيل استدعاء إتلاف مال بعوض لغرض صحيح، وهو براءة ذمّة الميّت[٢].

ثانياً: تعلّق الدين والمطالبة بالذمّتين

إنّ تعلّق الدين وثبوته بذمّة كلّ من الضامن والمضمون عنه ومطالبتهما به، هو أحد قولي الحنفية، وقد عبّر عنه السرخسي بقوله: والطريق الآخر أن تنضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل في ثبوت أصل الدين[٣]. وجاء في البحر الزخّار: والضمان

١. الفتاوى الكبرى ٣: ٧٢.

٢. المصدر السابق: ٧٨.

٣. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١، وانظر: الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢١ و٢٢٣.

تقرير الدين في ذمّة الضامن حتى يصير مطالباً مع الأصيل[١].

ومن أقوال الحنابلة ما قاله الحجاويّ: ولصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما لثبوته في ذمّتيهما جميعاً[٢]. وعقّب عليه البهوتيّ بقوله: فلا يبرأ المضمون عنه بمجرّد الضمان كما يبرأ المحيل، بل يثبت الحقّ في ذمّتيهما جميعاً[٣]، وقال ابن قدامة يثبت في ذمّتهما جميعاً ولصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما[٤].

ومن نصوص المالكية ما جاء في متن الشرح الكبير للدردير: الضمان شغل ذمّة أُخرى بالحقّ[٥]. وتكلّم ابن رشد عن حكم ضمان المال فقال: فإنّ الفقهاء متّفقون على أنّه إذا عدم المضمون أو غاب أنّ الضامن غارم، واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر، فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق: للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول. وقال مالك في أحد قوليه: ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفّل عنه، وله قول آخر مثل قول الجمهور[٦]. وقال الدسوقيّ: والقول المرجوح عنه أنّ الطالب مخيّر بين طلب الغريم أو طلب الضامن....[٧].

وأمّا الشافعية، فقد جاء في الأُمّ: وإذا كان للرجل على الرجل المال، وكفّل به آخر فلربّ المال أن يأخذهما، وكلّ واحد منهما، ولا يبرأ كلّ واحد منهما حتى

---

١. البحر الزخّار ٥: ٧٥، وانظر: شرح الأزهار وحواشيه ٤: ٢٦٧.

٢. الإقناع ٣: ٣٦٤.

٣. كشّاف القناع ٣: ٣٦٤.

٤. المغني ٤: ٤٨٠.

٥. الشرح الكبير للدردير ٣: ٣٢٩، وانظر: الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٤.

٦. بداية المجتهد ٢: ٢٩٢.

٧. حاشية الدسوقي ٣: ٣٣٧.

يستوفي ماله إذا كانت الكفالة مطلقة[١]. وقال المزنيّ: لأنّ الضمان عند الشافعيّ ليس بحوالة، ولكنّ الحقّ على أصله، والضامن مأخوذ به[٢]. وجاء في المهذّب: ويجب بالضمان الدين في ذمّة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه[٣]. وقال أيضاً: ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه؛ لأنّ الدين ثابت في ذمّتهما فكان له مطالبتهما[٤].

ثالثاً: بقاء الدين في الذمّة الأصليّة واشتراك الذمّتين بالمطالبة

وهو الرأي الثاني عند الحنفيّة. قال في المبسوط: أحدهما: الضمّ في المطالبة دون أصل الدين، بل أصل الدين في ذمّة الأصيل على حاله والكفيل يصير مطالباً كالأصيل. وقال في المختار: وهي ضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل في المطالبة. وعقّبة في الاختيار بما يدلّ عليه، وأكّده مرّةً أُخرى بقوله: وحكمها صيرورة ذمّة الكفيل مضمومةً إلى ذمّة الأصيل في حقّ المطالبة دون أصل الدين لما مرّ[٥].

رابعاً: مطالبة الضامن عند التعذّر

قال في متن شرح الدردير: ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً. وقال الدسوقيّ: ما ذكره المصنّف من أنّ الكفيل لا يطالب بالحقّ في ملأ المكفول عنه وحضوره، هو الذي رجع إليه مالك وأخذ به ابن القاسم، ورواه ابن وهب عن ابن رشد، وهو أظهر[٦].

---

١. الأُمّ ٨: ١١٨.

٢. مختصر المزني ٨: ١٠٨.

٣. المهذّب ١٣: ٤٦٦.

٤. المصدر السابق.

٥. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦٠ ـ ١٦١، الاختيار لتعليل المختار ٢: ١٦٦ ـ ١٦٧.

٦. حاشية الدسوقي ٣: ٣٣٧.

وقال ابن قيّم الجوزية: اختلف الفقهاء في الضمان هل هو تعدّد لمحلّ الحقّ وقيام للضمين مقام المضمون عنه، أو هو استيثاق بمنزلة الرهن؟ على قولين، وهما روايتان عن مالك، يظهر أثرهما في مطالبة الضامن مع التمكّن من مطالبة المضمون عنه، فمن قال بالقول الأوّل وهم الجمهور قالوا: لصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما على السواء، ومن قال بالقول الثاني قال: ليس له مطالبة الضامن إلّا إذا تعذّر عليه مطالبة المضمون عنه[1]. ويريد بالجمهور فقهاء المذاهب الأربعة ظاهراً وإلّا فالنصوص التي أثبتناها تبيّن مدى النسبة.

وقوّى ابن القيّم أن يكون الدين في ذمّة الأصيل، ولكن لا يرى مطالبة الضامن إلّا بعد تعذّر مطالبة الأصيل، لأنّ مطالبتهما معاً تعدّد لمحلّ الحقّ.

وإذن فأصحاب الرأي الثالث والرابع اختلفوا في ظرف المطالبة، مع اتّفاقهم في بقاء الدين في الذمّة الأصليّة، فمن قائل بالترتيب فلا يجوز المطالبة إلّا بعد التعذّر كمالك في إحدى الروايتين، وكابن القيّم، ومن قائل بجواز المطالبة لكلّ منهما تعذّرت مطالبة الأصيل أو لم تتعذّر، كماهو صريح أصحاب هذا الرأي من الحنفيّة.

أدلّة الأقوال في الضمان

وبعد العرض السابق لنصوص الفقهاء حول نقل الدين إلى ذمّة الضامن أو بقائه في ذمّة المضمون عنه دون الضامن أو اشتراكهما فيه، ينتظم الكلام عن أدلّتهم في فروع هي:

الفرع الأوّل
أدلّة النقل إلى ذمّة الضامن

وأهمّ أدلّة القائلين بكون الضمان ينقل المضمون إلى ذمّة الضامن، وبه تفرغ ذمّة المضمون عنه هو:

---

١. أعلام الموقّعين ٣: ٤١١.

١ ـ صراحة قول النبيّ ﷺ في براءة ذمّة الميّت لمّا قال لأبي قتادة: «حقّ الغريم وبرئ الميّت منهما؟» فقال: نعم. ولا يظنّ بعبارة أصرح في البراءة من قوله: «وبرئ الميّت منهما». ونظيره قول الإمام الصادق عليه السلام للسائل في الرواية السابقة: «إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمّة الميّت».

٢ ـ قوله ﷺ للإمام عليّ عليه السلام: «جزاك الله عن الإسلام خيراً وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك». ويدلّ عليه أيضاً الرواية المتّفق عليها ـ كما يقول في بلوغ المرام ـ من أنّ الرسول إذا أُخبر عن الميّت أنّه ترك وفاءً صلّى عليه، وإلّا قال: «صلّوا على صاحبكم» فلمّا فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفّي وعليه دين فعليّ قضاؤه».

ونظير هذه الرواية ما قاله الإمام الباقر عليه السلام عن الرسول ﷺ: «من ترك دينا فعليّ دينه، ومن ترك مالاً فلأهله، فكفالة رسول الله ميّتاً ككفالته حيّاً، وكفالته حيّاص ككفالته ميّتاً». فقال السائل: نفّست عنّي جعلني الله فداك.

قال العلّامة الحلّي: فلولا براءة ذمّته من الدين لم يحصل له نفع بالضمان ولا تنفّس عنه كربة[1].

٣ ـ صلاة النبيّ ﷺ على الميّت بعد ضمان الإمام عليّ عليه السلام وأبي قتادة وامتناعه منها قبل الضمان، دليل على براءة ذمّته وانتقال الدين إلى ذمّة الضامن.

وناقش ابن قدامة تلك الاستفادة بقوله: وأمّا صلاة النبيّ ﷺ على المضمون عنه فلأنّه بالضمان صار له وفاء، وإنّما كان النبيّ ﷺ يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاءً[2].

---

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٣.

٢. المغني ٤: ٤٩١، وانظر: مختصر الإنصاف: ٣٤٣.

وأجاب الخطّابيّ عن المناقشة بقوله: إنّما امتنع من الصلاة عليه لارتهان ذمّته بالدين، فلولم يبرئ ضمان أبي قتادة لما صلّى عليه والعلّة المانعة قائمة[١].

٤ ـ إنّ قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، دالّ على نقل الدين إلى ذمّة الضامن وفراغ ذمّة الأصيل.

وتقريب الاستدلال به هو أنّ المشتقّ (غارم) حقيقة فيمن تلبّس بالمبدأ في الحال، لا الأعمّ منه وممّن يتلبّس به في الاستقبال، بمعنى أنّ الضامن متعهّد بأداء الدين فعلاً، فيدلّ على نقله إلى ذمّته، والتقريب المذكور يستفاد من شرح البلغة[٢].

وجاء في مفتاح الكرامة: فقد قال الشهيد: إنّ ظاهرة اختصاصه بالغرم؛ إذ هو خبر في معنى الإنشاء. وظاهره أنّ ذلك لمكان الوصف وهو حجّة[٣].

وقد يرد على الاستدلال برواية «الزعيم غارم» ما يأتي:

أ ـ ربما يراد بالحديث، التعهّد بمال لشخص آخر على قيامه بعمل، فيكون التعهّد منه تعهّداً ابتدائياً ومن باب الجعالة، كما احتمله في شرح البلغة أيضاً.

ومع وجاهة الاحتمال المذكور، لكنّ الحديث غير ظاهر باختصاصه به، بل شامل له ولغيره، فكلّ متعهّد غارم، سواء كان في الضمان الثلاثي الأركان كالجعالة، أو رباعيّ الأركان كالضمان عن الغير.

ب ـ المشتقّ وإن كان حقيقةً في من تلبّس بالمبدأ في الحال، فيكون الزعيم غارماً فعلاً ومشغول الذمّة بالدين، لكن ذلك لا يمنع أن يكون المدين مشغولاً به كذلك على نحو البدلية. ونجد قسماً من الفقهاء استدلّوا بهذه الرواية على مشروعية الضمان مع قولهم باشتغال ذمّة الضامن بالإضافة إلى ذمّة المضمون عنه.

---

١. الفتاوى الكبرى لابن حجر ٣: ٧٢.

٢. شرح البلغة ٢: ٣٤١.

٣. مفتاح الكرامة ٥: ٣٤٩.

ويجاب عنه: أنّ تصوير ذلك وإن كان ممكناً وصحيحاً، غير أنّ الأدلّة السابقة دلّت على نقل الدين إلى ذمّة الضامن، فتكون مخصّصة للحديث في ضمان الديون لا الأعيان، كما يأتي إيضاحه في محلّه.

ج ـ قوّى ابن قيّم الجوزية أن يكون الضامن مطالباً عند تعذّر مطالبة المضمون عنه، وقال: ولا ينافي هذا قول النبيّ ﷺ: «الزعيم غارم» فإنّه لا عموم له، ولا يدلّ على أنّه غارم في جميع الأحوال[1].

ويجاب عنه بالجواب السابق.

٥ ـ حديث قبيصة، وبه استدلّ ابن حزم على نقل المضمون إلى ذمّة الضامن بكلّ حال[2]، قال قبيصة: تحمّلت حمالة فأتيت النبيّ ﷺ فسألته فيها، فقال: «نخرجها عنك من إبل الصدقة، يا قبيصة إنّ المسألة لا تحلّ إلّا لأحد ثلاثة...» وذكر رجلاً تحمّل حمالة رجل حتى يؤدّيها عنه[3]. لكنّ بعض الفقهاء ذهبوا إلى أنّ الحديث دالّ على جواز مطالبة الضامن بالإضافة إلى المضمون عنه وإن كان غنيّاً حاضراً.

قال ابن رشد: ومن الحجّة لمن رأى أنّ الطالب يجوز له مطالبة الضامن، كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً، غنيّاً أو عديماً، حديث قبيصة بن المخارق[4]. وذكر الحديث وقال: ووجه الدليل من هذا أنّ النبيّ ﷺ أباح المسألة للمتحمّل دون اعتبار حال المتحمّل عنه[5].

ويجاب عن ذلك، أنّ الحديث دالّ على أنّ الملزم بالأداء هو الضامن، فإعانة

---

١. أعلام الموقّعين ٣: ٤١٢.

٢. المحلّى بالآثار ٨: ١١٢.

٣. سنن النسائي ٥: ٨٩، مصابيح السنّة ١: ١٢٥.

٤. بداية المجتهد ٢: ٢٩٢.

٥. المصدر السابق: ٢٩٣.

قبيصة من إبل الصدقة وترك الاستفصال عن حال المضمون عنه والرجوع إليه، دالّ على براءته وانشغال ذمّة قبيصة، ممّا حدا بالرسول ﷺ أن يَعِدَه بالإعانة من إبل الصدقة، وإلّا لكان الجدير هو الرجوع على المضمون عنه إمّا لملاءته أو لأنّه أولى بالإعانة إذا كان فقيراً، لأنّه أصل والضامن فرع.

فاستدلال القائلين بالنقل بهذا الحديث أولى من استدلال القائلين بالاشتراك.

٦ ـ إنّ الشيء الواحد لا يمكن أن يحلّ في محلّين في آنٍ واحد، فلابدّ أن يتحوّل الدين إلى ذمّة الضامن وتفرغ منه ذمّة المضمون عنه، وهو ما استدلّ به جملة من الفقهاء، كأبي ثور وابن أبي ليلى والعلّامة الحلّي وغيرهم[١].

ويناقش أنّ امتناع حلول شيء في مكانين صحيح بذاته في الأُمور المادّية، أمّا الأُمور الاعتبارية فيمكن تعلّقه بشيئين على نحو الواجب الكفائي، فتكون كلّ من الذمّتين مشغولة بالدين على هذا التصوير، وهو ما تنظّر به في تحفة المحتاج[٢].

ولكن لم يؤخذ به في ضمان الدين عن الميّت؛ لعدم الدليل عليه، بل الدليل قائم على عكسه، كما مرّ من الأدلّة المثبتة للنقل.

الفرع الثاني
أدلّة تعلّق الدين بالذمّتين

استدلّ القائلون باشتراك ذمّة كلّ من الضامن والمضمون عنه بالدين على انفراد، ومن ثم جاز للمضمون له مطالبتهما بما يأتي:

١ ـ إنّ قول النبيّ ﷺ في خبر أبي قتادة: «الآن بردت جلدته»[٣] دليل على بقاء

---

١. بداية المجتهد ٢: ٢٩٢، المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٩٣.

٢. تحفة المحتاج ٥: ٢٧١.

٣. الروض النضير ٤: ٧٥، كشّاف القناع ٣: ٣٦٨، مختصر الإنصاف: ٣٤٣، التكملة الثانية، المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٧.

الدين في ذمّته إلى وقت الوفاء. قال المطيعيّ: فلو كان قد تحوّل الدين على المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان[١].

ويناقش:

أ ـ بما ذكر سابقاً من عدم جواز صلاة النبيّ ﷺ على الميّت والدين في ذمّته.

ب ـ لا يراد من قوله: «الآن بردت جلدته» ظاهرها، وهو كون الميّت في عذاب، لأنّ صلاة النبيّ ﷺ على الميّت مغفرة.

ج ـ إنّ قوله ﷺ لأبي قتادة: «وبرئ الميّت منهما» نصّ بفراغ ذمّة الميّت، وكذا قوله ﷺ للإمام عليّ عليه السلام: «فكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك» ظاهر في براءتها من الدين أيضاً، بينما قوله ﷺ: «بردت عليه جلدته» ظاهر في كونه من أحكام الآخرة ـ كما يقول ابن حزم[٢] ـ وهو مجمل من حيث براءة المضمون عنه، أو ظاهر في براءته، ومتى تعارض النصّ مع المجمل أو الظاهر، فإن أمكن الجمع بينهما بحمل المجمل أو الظاهر على مايوافق النصّ، فهو، وإلّا قدّم النصّ عليهما.

الاحتمالات في برود الجلدة:

ويحتمل في معنى قوله ﷺ: «بردت عليه جلدته» وجوه، منها:

أ ـ ما وجّهه به ابن حزم، وهو: أنّه قد يكون تبريد زائد دخل عليه حين القضاء عنه وإن كان لم يكن قبل ذلك في حرّ، كما تقول: لقد سرّني فعلك وإن لم تكن قبل ذلك في همّ ولا حزن[٣]. ويؤيّده أنّ صلاة النبيّ ﷺ مغفرة وهي قبل قوله: «الآن بردت جلده».

---

١. التكملة الثانية، المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٧.

٢. المحلّى بالآثار ٨: ١١٦.

٣. المصدر السابق.

ب ـ ومن الوجوه ما قال في التذكرة: لأنّه بالقضاء تحقّق فائدة الضمان وعلم إبراء ذمّة الميّت، وصحّ الحكم منه ﷺ ببرد جلده[١].

ويبدو أنّ معنى العبارة: أنّه بالقضاء تحقّق فائدة مشروعيّة أصل الضمان، وعلم ببراءة الذمّة بشكل يقطع التشكيك ويولّد الاطمئنان النفسيّ ببراءتها.

أمّا إذا لم يمكن انتزاع هذا المعنى من العبارة فقد يقال فيها: إنّه بالضمان لا بالقضاء تحقّق فائدة الضمان، وبه علم إبراء ذمّة الميّت. خاصّة وهو من القائلين بالنقل.

٢ ـ واستدلّ بعض القائلين باشتراك الذمّتين بالدين بقوله ﷺ: «نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضى عنه»[٢].

ووجه الاستدلال به ـ كما يظهر ـ أنّ الضمان وحدَه غير كافٍ في براءة ذمّة المضمون عنه ما لم يقض الدين عنه.

ويمكن مناقشة الاستدلال في نقاط:

أ ـ بصلاة النبيّ على الميّت وقوله ﷺ: «وبرئ منهما الميّت» وقد سبق القول فيه. فالبضمان انتقل الحقّ إلى الضامن ولم يبق الميّت مديناً حتى يقال: إنّ نفسه معلّقة بدينه، قال في تذكرة الفقهاء: والضمان عنه قضاء أيضاً[٣].

ب ـ إنّ منطوق الخبر أنّ نفس المدين معلّقة بالدين إلى القضاء. أمّا مشغولية ذمّة المضمون عنه أو عدمها فمسكوت عنه، يقول ابن حزم: فليس فيه أنّه حكم المضمون عنه[٤].

---

١. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٣.

٢. الروض النضير ٤: ٧٥، المغني ٤: ٤٩١، كشّاف القناع ٣: ٣٦٨، مختصر الإنصاف: ٣٤٣.

٣. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٣.

٤. المحلّى بالآثار ٨: ١١٥.

ج ـ من الممكن الجمع بين الخبر وأدلّة النقل، ولا معارضة يستعصي معها الجمع حتى يلتجأ لصرف أدلّة الضمان عما دلّت عليه من النقل، وحاصل الجمع: أنّ نفس المؤمن معلّقه بدينه حتى يقضي عنه أو يضمنه عنه ضامن، وبهذا يكون دليل الضمان مخصّصاً منفصلاً للخبر، كما أنّ القضاء مخصّص متّصل له.

٣ ـ إنّ الضمان مشتقّ من الضمّ، فهو يعني ضمّ ذمّة لأُخرى، ويقتضي اشتراكهما في المضمون به[١].

ويناقش:

أ ـ إنّ الضمان مشتقّ من الضمن أو التضمين لا من الضمّ، بدليل وجود النون في تصاريفه، وقد سبق أن عرضت أقوال اللغويين في ذلك، كما في القاموس، ولسان العرب، وأساس البلاغة[٢].

ب ـ وأضاف ابن قيّم الجوزية أنّه لو كان مشتقّاً من الضمّ، فالضمّ قدر مشترك بين ضمّ يطالب معه استقلالاً وبدلاً، والأعمّ لا يستلزم الأخصّ[٣].

ج ـ لو صحّ أنّ معنى الضمان هو الضمّ، فكيف يفسّر ضمان المتلفات المالية والنفوس وليس فيها ضمّ ذمّة لأُخرى، فلو أنّ زيداً أتلف مال عمرو، يقال عنه: إنّه ضامن لمال عمرو، فأيّ ذمّة ضمّت لزيد حتى يقال: إنّه من ضمّ لذمّة؟ وهذا بخلاف القول بأنّ الضمان هو «التعهّد» فيصحّ أن يكون زيد متعهّداً لمال عمرو، كما يصحّ أن يتعهّد آخر مع زيد، ويكونان معاً ضامنين على نحو البدلية مثلاً.

د ـ إنّ من أفراد الضمان التعهّد بإحضار النفس بينما صاحب الحقّ المتعهّد عنه

---

١. المغني ٤: ٤٩١.

٢. راجع: ٢٥.

٣. أعلام الموقّعين ٣: ٤١٢.

متعهّد بنفس الحقّ، فموضوع المضمون به مختلف، وعليه فلم يعد المقصود من الضمّ هنا متحقّقاً لاختلاف الحقّ.

وقد يقال: إنّ الكلام في ضمان الدين، وما ذكر هو من ضمان النفس، فجوابه: أنّ الكلام في ما يفيده الضمان، فإذا لم يستلزم الضمّ اشتراك الذمّتين بحقّ واحد دائماً لا يستدلّ به، ولهذا عرّفه قسم من الحنفية بأنّه ضمّ ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل في المطالبة، هو الصحيح[1]. وقد نقل صاحب مجمع الأنهر تعليله عن المنح من أنّ المطلوب من الأصيل المال ومن الكفيل إحضار النفس، فلفظ المطالبة بإطلاقه ينتظمهما[2].

ولعلّه لما ذكر من صعوبة تحقّق الضمّ في الكفالة بالنفس، أشار صاحب مفتاح الكرامة إليه من أنّ ضمان النفس يمكن توجيهه على القول بالتعهّد، وهو بحاجة إلى تكلّف شديد على القول بالضمّ[3]، ومثله ما في الجواهر: ومن صعوبة تحقّقه في نحو ضمان النفس[4].

٤ ـ إن لم يصحّ أن يكون الضمان مشتقّاً من الضمّ وبمعناه، فالكفالة تعني «الضمّ»[5]، كقوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[6]، وقوله ﷺ: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة»[7].

---

١. الاختيار ٢: ١٦٦.

٢. مجمع الأنهر ٢: ٩٦، وانظر الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢١.

٣. مفتاح الكرامة ٥: ٣٤٩.

٤. جواهر الكلام ٤: ٤٠٣.

٥. مبسوط السرخسي ١٩: ١٦٠ ـ ١٦١، الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢١.

٦. آل عمران: ٣٧.

٧. مستدرك الوسائل ٢: ٤٧٤، سنن البيهقي ٦: ٢٨٣.

وقد يناقش الدليل بما يأتي:

أ ـ ما ذكره بعض اللغويّين من اختصاص الكفالة بالأبدان واختصاص الضمان بالأموال، فهي خارجة عن موضوع المال.

وأمّا استعمال الفقهاء الكفالة بمعنى الضمان فمجرّد اصطلاح منهم، والكلام في حقيقتها اللغوية.

ب ـ إنّ الكفالة تعني التعهّد لا مطلق الضمّ، فقوله ﷺ: «أنا وكافل اليتيم» ظاهر في التعهّد بمصالحه وتربيته وما شاكل، وإلّا فمجرّد الضمّ إليه لا يستحقّ عليه منزلة الصحبة مع الرسول ﷺ، وهو معنى الآية كما مرّ تفسيرها[1].

ج ـ ومع غضّ النظر عما تعنيه الكفالة من الضمّ أو التعهّد وورود الآية والرواية في كفالة الآدميين، لا دلالة فيها على النقل أو عدمه لإجمالها من هذه الناحية.

نعم، لا يمتنع أن يبقى المال في ذمّتيهما على نحو البدل أو في ذمّة الأصيل بالشرط مثلاً. فإذا ثبت بدليل آخر على إفادة الكفالة النقل أو عدمه يكون محدّداً لمعناه ومقيّداً له.

ويؤكّده اختلاف الفقهاء في اشتراك الذمّتين بالدين أو ببقائه في الذمّة الأصليّة أو تحوّله إلى ذمّة الضامن.

٥ ـ استدلّ في المبسوط وغيره[2] لأحد رأيي الحنفيّة بأنّ الكفالة إقراض للذمّة، والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين، وثبوته في ذمّتيهما لا يوجب زيادة حقّ الطالب؛ لأنّ الوفاء لا يكون إلّا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب، غير أنّ الفارق بين الغصب والضمان هو أنّ اختيار تضمين أحد الغاصبين يوجب براءة الآخر؛ لما فيه من التمليك منه[3] بخلاف الضمان، فإنّ مطالبة أحدهما لا يسقط

---

١. راجع: ٢٨.

٢. المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦١ ـ ٢٠: ٢٨.

٣. الاختيار ٢: ١٦٩، الهداية شرح بداية المبتدي ٣: ٩٠.

حقّه في مطالبة الآخر إلّا بالاستيفاء.

ويناقش ذلك:

أ ـ بما ذهب إليه القسم الآخر من الحنفية ـ القائلين بالضمّ في المطالبة دون أصل الدين ـ من جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين، فالبائع له أن يطالب وكيل المشتري بالثمن، مع أنّ أصله على المشتري، فكذلك يجوز أن تنفصل المطالبة عن أصل الدين في حقّ من عليه، فتتوجّه المطالبة على الكفيل بعد الكفالة وأصل الدين في ذمّة الأصيل[1].

ب ـ ما الفرق بين اختيار ومطالبة أحد الغاصبين في كونها موجبةً لبراءة الغاصب الآخر لما فيها من التمليك، وبين مطالبة الضامن أو المضمون عنه في كونها لا توجب براءة الآخر منهما إلّا بالاستيفاء؟

ج ـ كون أحدهما نظير الآخر ـ خاصّة مع وجود الفارق السابق ـ وله نفس الحكم بحاجة إلى دليل؟ واستواؤهما في الإمكان لا يستلزم حتمية التسوية بينهما في الحكم.

د ـ ويرد عليه أيضاً ما سبق أن أورد على الدليل الأوّل من عدم صلاة النبيّ قبل الضمان وتصريحه ببراءة المضمون عنه. وما أوردناه على الدليل الثالث في الفقرات ب، ج، د.

٦ ـ وممّا استدلّ به الحنابلة في كشف القناع أنّ الحقّ في ذمّتهما جميعاً لصحّة هبته لهما، ولأنّ الكفيل لو قال: تكفّلت بالمطالبة دون أصل الدين لم يصحّ اتّفاقاً[2].

ويرد عليه: أنّ صحّة الهبة نتيجة تعلّقه بذمّتيهما، فلا يصحّ الاستدلال به، لأنّه

---

١. المبسوط ١٩: ١٦١، وانظر الاختيار ٢: ١٦٧.

٢. كشّاف القناع ٣: ٣٦٤.

موضع البحث. وأمّا القول بأنّ الكفالة بالمطالبة دون أصل الدين لا تصحّ اتّفاقاً، فليس المراد منه اتّفاق عموم الفقهاء قطعاً، فبه صرّح الحنفية في الصحيح ـ كما مرّ عن صاحب الاختيار وغيره ـ ونظيره عند الشافعية ضمان ردّ العين المضمونة كالمغصوبة والمستعارة، وحكمه أن يكون ملزماً بردّها ما دامت باقية، أمّا إذا هلكت فلا شيء عليه، ومثل ذلك ما إذا استعار منه عيناً[١]. واتّفاق قسم من الفقهاء ـ كالحنابلة ـ لا يشكل دليل الإجماع ليحتج به، وإذن فعد صحّة الكفالة بالمطالبة دون أصل الدين بحاجة إلى دليل.

٧ ـ قالوا: إنّ الضمان وثيقة، كالرهن أو الشهادة ـ كما نصّ عليه المغني، وكشّاف القناع، وتحفة المحتاج، والتكملة الثانية، وغيرها ـ والوثيقة لا تنقل الحقّ من ذمّة المدين الأصليّ، فيتعلّق الدين بذمّة الضامن أيضاً[٢].

ويرد عليه:

أ ـ أنّ كون الضمان نفسه له حكم الوثيقة ـ ودائماً ـ بحاجة إلى دليل.

ب ـ اختفاء هذه الوثيقة في الضمان عن الميّت، لشغل ذمّة الضامن دون الميّت، وممن نصّ على ذلك أحمد في إحدى الروايتين، وارتضاه ابن حجر، كما رأينا من نصّه السابق[٣]، ويظهر منه أنّه رأي الشافعيّ وأصحابه.

واستدلّ له ابن قدامة بقوله: لما ذكرنا من الخبرين ـ خبر الإمام علي عليه السلام وأبي قتادة ـ ولأنّ فائدة الضمان في حقّه ـ أي الميّت ـ تبرئة ذمّته، فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرّد الضمان، بخلاف الحيّ فإنّ المقصود من الضمان في حقّه الاستيثاق

---

١. الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢٥، وانظر تحفة المحتاج ٥: ٢٥٠ و٢٦٦.

٢. المغني ٤: ٤٩١، كشّاف القناع ٣: ٣٦٨، التكملة الثانية ١٣: ٣٦٧.

٣. راجع: ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

وثبوته في الذمّتين آكد في الاستيثاق بالحق[1].

ويناقش هذا القول: إنّ ما استدلّوا به يفيد عدم كون الضمان وثيقةً في حقّ الضامن عن الميّت والحيّ أيضاً، وذلك:

١ ـ إنّ الخبرين ـ كما يدلّان على أنّ الضمان ناقل ومبرئ لذمّة الميّت ـ يدلّان بإطلاقهما على أنّ الضمان عن الحيّ مبرئ لذمّته أيضاً، وهو ما عليه الإمامية والظاهرية وغيرهم.

٢ ـ وبوجود الخبرين الدالّين على النقل لا يكتفى بما ذكر من وجه الفرق، خاصّة ولا دليل عليه.

ج ـ إنّ ثبوت الحقّ في الذمّتين يتنافى وكون الضمان وثيقةً. وذلك أنّ اتّساع الذمّتين له على نحو الاستيثاق كتعلّق دين الرهن به وبذمّة الراهن ـ كما قاله في المغني[2] ـ يتنافى وثبوت الحقّ في ذمّتيهما ومطالبة من شاء منهما أيضاً، لأنّ الوثيقة ـ كالرهن ـ لا تنقل الحقّ إلّا بعد تعذّر الاستيفاء عن المدين، فكيف يطالب الضامن بوجود المضمون عنه ويسارّه مثلاً؟ وهو ما ذهب إليه مالك من عدم جواز المطالبة إلّا بعد التوي[3]، وبالنصّ جاء في التاج والإكليل: لأنّ الحميل إنّما أخذ توثقةً فأشبه الرهن، فلمّا كان لا سبيل إلى الرهن إلّا عند عدم المطلوب، فكذلك لا سبيل على الكفيل إلّا عند عدم المطلوب[4]. وقد صرّح بمضمونه ابن قيّم الجوزية وقوّاه[5].

ونتيجة ذلك أنّ الحقّ لم ينتقل فعلاً إلى الذمّة الثانية، فلا يصحّ مطالبة من شاء منهما في آنٍ واحد.

---

١. المغني ٤: ٤٩٢، وانظر مختصر الإنصاف: ٣٤٢ـ٣٤٣.

٢. المغني ٤: ٤٩٢.

٣. التوي: الهلاك.

٤. التاج والإكليل للموّاق ٥: ١٠٤.

٥. أعلام الموقّعين ٣: ٤١١ـ٤١٢.

٨ ـ إنّ الضمان يفارق الحوالة باسم، والحوالة نقل إلى ذمّة، فلابدّ أن يختصّ الضمان عنها بحكم، وهو بقاء الدين في الذمّة.

قال السرخسي: كلّ واحد من العقدين أي الحوالة والكفالة ـ اختصّ باسم، واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم[١].... إلى أن قال: فكذلك هنا معنى الكفالة الضمّ، فيقتضي أن يكون موجب هذا العقد ضمّ إحدى الذمّتين إلى الأُخرى، وذلك لا يكون مع براءة ذمّة الأصيل، ومعنى الحوالة التحويل، وذلك لا يتحقّق إلّا بفراغ ذمّة الأصيل[٢].

ويناقش:

أ ـ بأنّ ما ذكر من الفرق بالاسم لا يستلزم بقاء الدين في ذمّة المضمون عنه؛ لجواز اختصاص الضمان بأُمور لا يثبت في الحوالة[٣]. ومن هذه الأُمور أنّ الضمان ليس من شرطه أن يكون فيه نقل وتحويل، ولا هو مختصّ بالدين، وذلك كضمان العين. أمّا الحوالة فمن شرطها ذلك فاختصّت بهذا الاسم دونه، على أنّ شرط براءة ذمّة الأصيل في الضمان جائز عندهم فساوى الحوالة في النتيجة، مع أنّ مفهوميهما متغاير، كما سيتضّح.

إشكال ودفعه

وما قالوه من أنّ الضمان بشرط براءة الأصيل حوالة وليس بضمان[٤]، يقال في جوابه:

---

١. المبسوط ١٩: ١٦٢.

٢. المصدر السابق.

٣. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٣.

٤. ملتقى الأبحر ٢: ١٠٣.

إنّ الضمان والحوالة متباينان بحسب الجوهر وإن اشتركا في بعض اللوازم، وذلك أنّ الفقهاء فرّقوا بينهما بأحد فرقين:

١ ـ أنّ الحوالة تحويل على مدين، والضمان تعهّد من برئ باختيار منه.

٢ ـ أنّ ملاك الفرق بينهما ـ كما يرى كاشف الغطاء ـ هو التوجيه في الحوالة، والتعهّد في الضمان، سواء كان الضامن مشغولاً أو بريئاً. فممّا قاله: فالضمان تعهّد أعمّ من أن يكون بطلب أو ابتداء وإن كان الغالب الثاني، والحوالة توجيه وتسليط على ذمّة الغير، فذاك تعهّد ذمّة لأُخرى، وهذه تسليط ذمّة على ذمّة، فتدبّره فإنّه لا يخلو من دقّة[1].

وبأيّ الفرقين أخذنا فليس من الحوالة اشتراط براءة ذمّة الأصيل في الضمان.

ب ـ إنّ ما ذكر سابقاً من أدلّة ضمان الدين عند الإطلاق كافٍ في إفادته النقل فلا نعيد.

الفرع الثالث

دليل الاشتراك بالمطالبة دون أصل الدين

إنّ الوجه الثاني في الضمان عند الحنفيّة أن يبقى الدين في ذمّة الأصيل، ومسؤولية الضامن تتحقّق في المطالبة فقط، ولذا عرّفوا الضمان بضمّ ذمّة إلى ذمّة في المطالبة. وأنّ حكمه صيرورة ذمّة الكفيل مضمونةً إلى ذمّة الأصيل في حقّ المطالبة دون أصل الدين[2].

ودليلهم ـ كما جاء في مبسوط السرخسي والاختيار ـ هو جواز انفصال المطالبة عن أصل الدين، قال في الاختيار: ولا يلزم من لزوم المطالبة على الكفيل وجوب

---

١. تحرير المجلّة ٢: ٢٤٢.

٢. الاختيار لتعليل المختار ٢: ١٦٧.

الدين عليه، ألاترى أنّ الوكيل مطالب بالثمن وهو على الموكّل، حتى لو أبرأ البائع الموكّل عن الثمن جاز وسقطت المطالبة عن الوكيل[١].

مناقشة الدليل

إنّه لا ممانعة من بقاء الدين في ذمّة الأصيل ومطالبة الضامن به لو جرى عقد الضمان على المطالبة فقط، أو اشترط بقاء الدين في ذمّة الأصيل؛ لأنّ الضمان أعمّ ممّا كان فيه نقل أو اشتراك أو مطالبة، والأعمّ لا يستلزم الأخصّ. إلّا أنّ كون الضامن نظير الوكيل ـ كما جاء في الاختيار وغيره ـ في كلّ الأحوال بحاجة إلى دليل مثبت، وأصل الجواز لا يصلح دليلاً مثبتاً، كيف وقد دلّت الأدلّة الماضية على أنّ ضمان الدين عند الإطلاق يفيد النقل ما لم يشترط خلافه.

الفرع الرابع
أدلّة مطالبة الضامن عند التعذّر

إنّ رأي مالك ـ في إحدى الروايتين عنه ـ[٢] هو أنّ المضمون له ليس له مطالبة الضامن إلّا إذا تعذّر عليه مطالبة المضمون عنه، وتبع ابن قيّم الجوزية هذا الرأي ونقل له ثلاث حجج، نعرضها مع مناقشتها.

الحجّة الأُولى: إنّ الضامن فرع، والمضمون عنه أصل، وقاعدة الشريعة: أنّ الفروع والأبدال لا يصار إليه إلّا عند تعذّر الأُصول، كالتراب في الطهارة[٣].

---

١. المصدر السابق وانظر المبسوط للسرخسي ١٩: ١٦٠ ـ ١٦١. وللاستزادة من التعرّف على وجهات النظر وأدلّة الطرفين من علماء الحنفية يرجع فيه إلى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ٢٢١ ـ ٢٢٣. ولا تخرج أدلّتهم عن التنظير بالأمثلة والإلزام بمسائل متّفق عليها بينهم ونقد التعاريف، غير أنّ أصل الفكرة ـ فكرة الاشتراك في المطالبة دون أصل الدين ـ يمكن أن تناقش بما جاء في الأصل.

٢. حاشية الدسوقي ٣: ٣٣٧.

٣. أعلام الموقّعين ٣: ٤١١.

مناقشة

مع وجود النصوص الشرعية في الضمان ـ وقد مرّ عرضها ـ [١] لا مجال للتنظير والقياس على القاعدة المذكورة.

الحجّة الثانية: إنّ الكفالة توثقة وحفظ للحقّ، فهي جارية مجرى الرهن[٢]. إلى أن قال: والرهن لا يستوفي منه إلّا مع تعذّر الاستيفاء من الراهن، فكذا الضمين[٣].

مناقشة

قد مرّت مناقشة كون الضمان له حكم الوثيقة كالرهن[٤]، ولذا اختلف الفقهاء في حكم الضمان، فكون أحدهما كالآخر بحاجة إلى دليل مضافاً لأدلّة الضمان السابقة.

الحجّة الثالثة: إنّ الضامن في الأصل لم يوضع لتعدّد محلّ الحقّ، كما لم يوضع لنقله، وإنّما وضع ليحفظ صاحب الحقّ حقّه من التوي والهلاك، ويكون له محلّ يرجع إليه عند تعذّر الاستيفاء من محلّه الأصليّ. ولم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل ويسرته والتمكّن من مطالبته، والناس يستقبحون هذا ويعدّون فاعله متعدّياً[٥]... إلى أن قال: وهذا أمر مستقرّ في فطر الناس ومعاملاتهم[٦]، إلى آخره.

ويناقش

١ ـ كما أنّ الضامن في الأصل لم يوضع لتعدّد محلّ الحقّ ولا لنقله، كذلك لم يوضع للاستيفاء عند التعذّر. وكونه وضع لحفظ الحقّ من التوي يتحقّق بأيّ واحد

---

١. راجع: ٢٤٠ ـ ٢٤٢، وانظر: ٢٥٣ ـ ٢٥٦.

٢. أعلام الموقّعين ٣: ٤١١.

٣. المصدر السابق.

٤. راجع: ٢٦٥.

٥. أعلام الموقّعين ٣: ٤١١.

٦. المصدر السابق.

من الموارد المذكورة.

٢ ـ إنّ الضامن قد ينصب نفسه للمطالبة مع الأصيل أو دونه.

٣ ـ إنّ كون الضامن لم ينصب نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل، قد يقال بصحّته إذا جرى العقد كذلك، إذ من الممكن تصويره بنحو تعهّد الضامن بأداء الدين لا ذاته، أو كونه ضامناً لضمان المضمون عنه، وتكون مطالبته وخسارته في طول امتناع المدين عن الأداء، على حدّ تصوير بعض الإمامية لضمان الأعيان ـ وسيأتي قريباً ـ أو التصوير الثالث لضمان الدين كما في البنك اللاربويّ[1]. ومتى ما وقع الضمان على هذا النحو وبهذا الشرط فيمكن أن تشمله عندئذ العمومات الآمرة بالوفاء.

ولكن ذلك غير موضوع المسألة المطروحة، فإنّ مفروضها: لو نصب الضامن نفسه ضامناً حتى مع وجود الأصيل وملاءته، فكيف يفرض عدم الاستيفاء منه إلّا عند التعذّر؟

٤ ـ القول بأنّ الناس يستقبحون مطالبة الضامن مع وجود المضمون عنه ويسرته وأنّه أمر مستقرّ في فطر الناس ومعاملاتهم، يجيبه عليه مخالفة جمهور الفقهاء له في هذا الرأي، بل حتى مالك في الرواية الثانية أو قبل رجوعه إلى هذا الرأي.

هذا في عرف الفقهاء، وأمّا في عرف غيرهم من الناس فإنّ ابن قيّم نفسه استدلّ في مسألة تعليق الضمان بالشرط على صحّة إشهاد الضامن على أن لا يطالبه المضمون له إلّا عند التعذّر، وقال: فليشهد عليه أنّه لا يستحقّ المطالبة له به إلّا عند تعذّر مطالبة الأصيل[2]. فلو أنّ العرف يستقبح مطالبة الضامن إلّا عند تعذّر مطالبة الأصيل لما كان حاجة للإشهاد على ذلك.

وبعد أن قدّم ابن قيّم الجوزية الحجج الثلاث آنفة الذكر، ناقش القائلين بالاشتراك بما خلاصته:

---

١. البنك اللاربوي في الإسلام: ٢٣١.

٢. أعلام الموقّعين ٣: ٤١٢.

إنّ الضمان مشتقّ من الضمين لا من الضمّ، وأنّه لو كان مستقّاً من الضمّ، فالضمّ قدر مشترك بين ضمّ يطالب معه استقلالاً وبدلاً، والأعمّ لا يستلزم الأخصّ[1] وهنا يقال: إنّ نفس قاعدة «الأعمّ لا يستلزم الأخصّ» يمكن مناقشته بها، فالضمان وإن كان مشتقّاً من الضمن غير أنّه أعمّ ممّا كان فيه نقل أو اشتراك أو استيفاء عند التعذّر، فهو لا يستلزم الأخير.

الرأي المختار

ظهر من عموم أدلّة البحث ما يلي:

١ ـ إنّ الضمان، يعني كون الشيء في العهدة، وإنّ معناه لدى المتشرّعة يقرب من معناه اللغوي، لذا فهو قد يفيد نقل المضمون إلى الذمّة، أو اشتراك الذمّتين بـه، أو تعهّد الضامن بأدائه عند التلف، أو ما شاكل، لأنّه أعمّ منها فلا يستلزم أحدها.

٢ ـ وبناءً على ما جاء آنفاً، فعند إجراء عقد الضمان بين الطرفين أو الاشتراط على حالة خاصّة كتعهّد الضامن بالأداء عند التوي أو تعذّر مطالبة الأصيل فيخسر قيمة الأداء المساوية لقيمة الدين، يكون مضمون العقد أو الشرط هو المتّبع حينئذ؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[2]، وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[3] أو غيره من العمومات. ولهذه الأدلّة أهمية في التدليل بمحتواها والاستعانة بها على صحّة أو توجيه كثير من المسائل الفقهية المبحوثة أو المستحدثة منها، كما لا منافاة بينها وبين ما دلّت عليه أدلّة الضمان في الديون في الفقرة الآتية.

٣ ـ ظاهر الأدلّة الشرعية وصريح بعضها ـ كضمان الإمام عليّ عليه السلام وأبي قتادة وغيرهما ـ أنّ ضمان الدين يفيد النقل والتحويل إلى ذمّة الضامن عند الإطلاق.

---

١. أعلام الموقّعين ٣: ٤١٢.

٢. المائدة: ١.

٣. وسائل الشيعة ١٥: ٣٠.

المبحث الثاني
شرط محلّ عقد الضمان

وشرط المضمون أمران:

الأوّل: المالية

وشرطها وفاق جمهور أهل العلم. فمن كلام العلّامة الحلّي والعاملي عن الحقّ المضمون: وشرطه الماليّة، إجماعاً معلوماً ومحكياً[1]. وقال ابن رشد: وأمّا محلّ الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم[2]. غير أنّ بعض الفقهاء ذكروا أنّ المضمون قد يكون حقّاً، فهو أعمّ من الحقّ والمال لديهم.

الثاني: الثبوت في الذمّة أو مقتضي الثبوت

وفي هذا الشرط تفصيل واختلاف يتّضح من نصوصهم وأدلّتهم في مبحث «ضمان ما لم يجب». فقد اشترط فريق من الفقهاء أن يكون الحقّ المضمون ثابتاً في الذمّة، كما هو المشهور عند الإمامية، والحنفيّة، والشافعية، والظاهرية، أو مقتضياً للثبوت فيها، كما نصّ عليه بعض الإمامية.

جاء في القواعد وشرحها مفتاح الكرامة من فقه الإمامية: الحقّ المضمون،

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٧.

٢. بداية المجتهد ٢: ٢٩٣.

وشرطه المالية، والثبوت في الذمّة إجماعاً، كما في الغنية وغيرها[١]. وقال الطباطبائي: لا يبعد صحّة ضمان النفقة المستقبلة للزوجة؛ لكفاية المقتضي وهو الزوجية[٢].

واكتفى كاشف الغطاء بمقتضي الثبوت أيضاً، ونسب الثبوت للمشهور عندهم، قال: المشهور عندنا في لزوم كون المضون حقّاً ثابتاً فعلياً، ولا يكفي الاقتضاء والاستعداد[٣]. وممّا قاله: كون المضمون حقاً ثابتاً في ذمّة المضمون عنه، سواء كان مستقرّاً كالقرض والعوضين في البيع المنجّز، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري وكالمهر قبل الدخول، فلو قال: اقرض فلاناً وأنا ضامن، أو بعه نسيئةً بضماني، لم يصحّ عند المشهور، بل ادّعي الإجماع عندنا على بطلان قوله: مهما أقرضت فلاناً فهو في ضماني... إلى أن قال: فالأقوى كفاية مقتضي الثبوت[٤].

ومن الفقه الحنفيّ ما قاله المرغيناني: وأمّا الكفالة بالمال فجائزة، معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً، مثل أن يقول: تكفّلت عنه بألف، أو بمالك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع[٥]. وقال أيضاً: وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجّةً... وشرط أن يكون ديناً صحيحاً، ومراده أن لا يكون بدل الكتابة[٦]. وقال عبد الله بن مودود: والكفالة بالمال جائزة إذا كان ديناً صحيحاً، حتى لا تصحّ ببدل الكتابة، والسعاية، والأمانات، والحدود، والقصاص[٧]. وقال أيضاً: وشرطها:

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٧.

٢. العروة الوثقى: ٦٧٢.

٣. تحرير المجلّة ٢: ٢٤٣.

٤. تحرير المجلّة ٢: ٢٤١.

٥. بداية المبتدي ٣: ٩٠.

٦. الهداية ٣: ٩٠.

٧. المختار ٢: ١٦٨.

كون المكفول به مضموناً على الأصيل مقدور التسليم للكفيل... وأن يكون الدين صحيحاً حتى لا تصحّ الكفالة ببدل الكتابة[١].

وقال ابن نجيم: لا تصحّ الكفالة إلّا بدين صحيح، وهو ما لا يسقط إلّا بالأداء أو الإبراء، فلا تصحّ بغيره كبدل الكتابة، فإنّه يسقط بالتعجيز، قلت: إلّا في مسألة[٢].

وجاء في الفقه الشافعيّ ما قاله النوويّ: ويشترط في المضمون كونه ثابتاً[٣]. قال ابن حجر بعد قول المصنّف «كونه»: أشار بحذفه ديناً هنا، وذكره في الرهـن إلى شموله للعين المضمونه[٤] ولكن ابن قاسم العباديّ قال: قد يتوقّف في اتّصاف العين بالثبوت واللزوم[٥].

وقال ابن حزم من الظاهرية: ولا يجوز ضمان مال لم يجب بعد، كمن قال لآخر: أنا أضمن لك ما تستقرضه من فلان... وهو قول ابن أبي ليلى، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وأبي سليمان[٦].

أمّا القسم الآخر من الفقهاء فلم يشترطوا الثبوت في الذمّة. ووجهة نظرهم ونظر القائلين بالثبوت يكشفه البحث القادم، كما يكشف الوجه في تصحيح بعض الموارد التي لم تثبت في الذمّة عند من اشترط الثبوت فيها.

ضمان ما لم يجب

ويراد به: ضمان ما لم يقبت في الذمّة، مثل: أنا ضامن لك ما يستقرضه خالد منك.

والفقهاء في صحّة «ضمان ما لم يجب» وعدمها فريقان:

---

١. الاختيار ٢: ١٦٦.

٢. الأشباه والنظائر: ٢١٧.

٣. المنهاج ٥: ٢٤٦.

٤. تحفة المحتاج ٥: ٢٤٦.

٥. حاشية ابن قاسم العبادي ٥: ٢٤٦.

٦. المحلّى بالآثار ٨: ١١٧، وانظر المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٢.

١ ـ النافون

إنّ مقتضى شرط ثبوت المضمون في الذمّة ـ كما صرّح به بعضهم ـ عدم صحّة «ضمان ما لم يجب» وما يتفرّع عنه من مسائل، ولكن مع ذلك نراهم صحّحوا ضمان الأعيان المضمونة، ومثل ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، بل إنّ قسماً صحّح ضمان العقد المعلّق، أو ما لم يجب كالحنفية، وبالإجمال فالقاعدة العامّة لدى هذا الفريق هو الثبوت في الذمّة، وعدمه هو الاستثناء.

٢ ـ المثبتون

أمّا الفريق الآخر من الفقهاء فيختلف عن سابقه، إذ لم يشترط كون الحقّ ثابتاً في الذمّة، بل توسّع إلى كلّ ما يؤول إلى الوجوب أو الثبوت، مثل ما تداين فلاناً فأنا به ضامن، ويبدو أنّ اتّساع «ضمان ما لم يجب» هو القاعدة لدى هذا الفريق.

وإذن فالفقهاء اختلفوا حول مبدأ «ضمان ما لم يجب»، فمنعه فريق، وأجازه آخرون.

النافون لصحّة «ضمان ما لم يجب» وأدلّتهم

نصوص فقهية

قال العلّامة الحلّي من الإمامية: الحقّ المضمون، وشرطه المالية والثبوت في الذمّة. ثم قال العامليّ بعده: إجماعاً، كما في الغنية وغيرها كما ستسمع، فلو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ، لم يصحّ إجماعاً، كما في التذكرة. وقد جوّزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمّة كضمان الأعيان المضمونة[1].

وقال كاشف الغطاء: فلو قال: اقرض فلاناً وأنا ضامن، أو بعه نسيئةً بضماني، لم يصحّ عند المشهور، بل ادّعي الإجماع عندنا على بطلان قوله: مهما أقرضت فلاناً

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٧.

فهو في ضماني، مع أنّهم اتّفقوا ظاهراً على الصحّة فيما لو قال عند خوف غرق السفينة: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه. وذهب جماعة إلى صحّة ضمان مال الجعالة قبل العمل، مع أنّه حقّ غير ثابت[١].

وجاء في الفقه الشافعيّ ما قاله الشيرازيّ: ولا يصحّ ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ما تداين فلان فأنا ضامن له[٢]. وقال أيضاً: ولا يجوز تعليقه على شرط[٣]، وكذلك قال: ويصحّ ضمان الدرك على المنصوص، وخرّج أبو العباس قولاً آخر أنّه لا يصحّ؛ لأنّه ضمان ما يستحقّ من المبيع، وذلك مجهول[٤].

وقال النووي: ويشترط في المضمون كونه ثابتاً[٥].

قال ابن حجر بعد قول المصنف «كونه»: أشار بحذفه ديناً هنا، وذكره في الرهن إلى شموله للعين المضمونة[٦]. ولكن ابن قاسم العبادي قال: قد يتوقّف في اتّصاف العين بالثبوت واللزوم[٧]، ومع ذلك فقد جوّزوا ضمان الأعيان.

وأمّا الفقه الظاهريّ فقد قال ابن حزم: ولا يجوز ضمان مال لم يجب بعد، كمن قال لآخر: أنا أضمن لك ما تستقرضه من فلان... وهو قول ابن أبي ليلى، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وأبي سليمان[٨].

---

١. تحرير المجلّة ٢: ٢٤١.

٢. المهذّب ١٣: ٤٦٢.

٣. المصدر السابق: ٤٦٣.

٤. المصدر نفسه: ٤٧٩.

٥. المنهاج ٥: ٢٤٦.

٦. تحفة المحتاج ٥: ٢٤٦.

٧. حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ٥: ٢٤٦.

٨. المحلّى بالآثار ٨: ١١٧.

وإذن فالحديث عن دليل النافين لصحّة ضمان ما لم يجب، وكيف صحّحوا بعض الموارد التي لم تثبت، مع اشتراطهم أن يكون الحقّ المضمون ثابتاً والدين بالذات؟

أدلّة النافين لصحّة «ضمان ما لم يجب»

وأهمّ ما استدلّ به من وجوه على عدم صحّة ضمان ما لم يجب، هو:

١ ـ إنّ الأصل القائم عليه عدم صحّة ضمان ما لم يجب هو عدم معقوليته، إذ كيف يتحقّق شي في عهدة الضامن بالفعل ويتحمّل مسؤوليته قبل أن يكون المضمون ثابتاً وموجوداً في عهدة المضمون عنه، ويتأكّد هذا ويتّضح عند من يقول بأنّ عقد الضمان يفيد التحويل والنقل إلى ذمّة أُخرى، كالإمامية والظاهرية؛ إذ لا يمكن بحال أن يتحوّل شيء من ذمّة إلى أُخرى، وهو لم يكن مسبقاً ثابتاً في الذمّة المتحوّل عنها؛ لأنّ ثبوت الشيء لشيء فرع ثبوت المثبت له، كما يقول بحر العلوم[1]، وبتعبير ابن حزم أنّه التزام ما لم يلزم بعد، وهذا محال[2].

ونقل ابن قدامة عن الثوريّ، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعيّ وابن المنذر، أنّهم لا يجيزون ضمان المجهول، لأنّه التزام مال فلم يصحّ مجهولاً كالثمن في المبيع[3]. ثم تكلّم عن ضمان ما لم يجب فقال: والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها[4]. أي مسألة ضمان المجهول.

وقال المطيعيّ: دليلنا على أنّه لا يصحّ ضمانها: لأنّه إثبات مال في الذمّة بعقد لازم، فلم يصحّ مع جهله ولا قبل ثبوته، كالثمن في البيع والمهر في النكاح[5].

---

١. بلغة الفقيه ٢: ٣٣٥.

٢. المحلّى بالآثار ٨: ١١٧.

٣. المغني ٤: ٤٨١.

٤. المصدر السابق: ٤٨٢.

٥. التكملة الثانية، المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٢.

ويؤيّد هذا الأصل، أنّ الذين يقولون بصحّة ضمان ما لم يجب نراهم يشترطون في المضمون أن يكون لازماً أو آئلا للزوم، لذا أبطل الكثير من الفقهاء أو أكثرهم ضمان مال الكتابة، معلّلين ذلك بمثل أنّ المولى لا يستوجب على عبده شيئاً[١]، أو لقدرة العبد على إسقاطه متى شاء[٢] بل وكثير من تعليلات القائلين بصحّة ضمان ما لم يجب مرجعها إلى الاعتراف ضمناً بعدم صحّته.

مناقشة الدليل

إنّ ما قاله ابن حزم وبحر العلوم صحيح، باعتبارهما ناظرين إلى أنّ الضمان يفيد النقل والتحويل من ذمّة لأُخرى، ولا يمكن نقل شيء أو ثبوته في ذمّة بالفعل وهو لم يوجد بعد، أمّا بقيّة الصور التي لا تتوقّف على فعلية الثبوت في ذمّة الضامن فلا يرد المانع المذكور ـ وهو النقل أو الثبوت في الذمّة بالفعل ـ، خاصّةً وأنّ الأدلّة القادمة تساعد على صحّته، كعمومات الوفاء بالعقود.

٢ ـ إنّ عدم صحّة ضمان ما لم يجب، لكونه شرطاً ليس في كتاب الله عزّ وجلّ، كما يقول ابن حزم[٣].

ويرد عليه

إنّ غير الصحيح من الشروط ما كان مخالفاً لكتاب الله تعالى، أمّا ما لم يرد منها في كتاب الله فلا دليل على منعه، بل الدليل قائم على صحّته، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٤] بناءً على أنّها شروط والتزامات، وكقول الرسول ﷺ:

---

١. الاختيار ٢: ١٦٦.

٢. تحفة المحتاج ٥: ٢٥١.

٣. المحلّى بالآثار ٨: ١١٧.

٤. المائدة: ١.

«المؤمنون عند شروطهم»[١].

٣ ـ يشترط كون المضمون ثابتاً حال الضمان؛ لأنّه وثيقة، فلا يتقدّم ثبوت الحقّ كالشهادة، فلا يكفي جريان سبب وجوبه كنفقة الغد للزوجة[٢].

ويرد عليه:

لقد سبق القول[٣] أن لا دليل على كون الضمان وثيقةً، أو كون حكمه حكم أيّ وثيقة وإن التقى معها في النتيجة، للفرق بينهما، فالشهادة وهي من الوثائق لا تتحمّل الحقّ، بخلاف الضامن، ومع كونه وثيقةً فقد تكون في الوثيقة قابلية الاستيفاء منها ولكن عند امتناع صاحب الحقّ عن الوفاء، بخلاف الضامن، وهذا يعني أنّ عملية الاستيثاق فعليّة، وأنّ أداء مضمونها متوقّف على أمر استقباليّ شأنـه شأن الرهـن وهو من الوثائق، فإنشاء الرهن فعليّ والتصرّف بالمرهون موقوف على عدم الوفاء، وأيضاً فإنّ الكفالة بالنفس لا يلزمها المال عند عدم الإحضار، بل حبس الكـفيل، كما يقول الشافعية[٤]، وبه فارقت الرهن، وكلاهما وثيقة. مضافاً الى ذلك، فقد ناقشهم ابن قدامة بقوله: وقد سلّموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، وسلّم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد[٥].

نعم، مشغولية ذمّة الضامن فعلاً بحقّ لم يوجد، أم لا يصار إليه، أمّا أن تشـغل

---

١. وسائل الشيعة ١٥: ٣٠.

٢. المنهاج وتحفة المحتاج ٥: ٢٤٦، وانظر التكملة الثانية ـ المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٢.

٣. راجع: ٢٦٥ ـ ٢٦٦.

٤. تحفة المحتاج ٥: ٢٥٨، المنهاج ٥: ٢٦٤ ـ ٢٦٥، المهذّب ١٣: ٤٩٤.

٥. المغني ٤: ٤٨٢.

الذمّة بعد امتناع صاحب الحقّ فأمر ممكن، ويدلّ عليه العمومات الآمرة بـالوفاء بالعقود والالتزامات، كآية الزعامة. وبذلك يظهر أنّ الضمان قد يتقدّم ثبوت الحقّ.

٤ ـ واستدلّ المانعون ـ كما نقل المغني وكشّاف القناع ـ بأنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة في التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضمّ فـيه، فـلا يكون ضماناً[١].

ويناقش الدليل:

إنّ اشتقاق الضمان ليس من الضمّ بل مـن الضـمن، وإنّ ضـمان الديـون عـند الإطلاق يفيد النقل ـ كما سبق ـ فلا يستوجب ضمّاً، وأين الضمّ في مثل ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، وقد سلّموا به، وحتى لو قلنا: إنّ الضمان من الضمّ فهو كما قال البهوتي: قد ضمّ ذمّته إلى ذمّة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه، ويثبت في ذمّته ما يثبت، وهذا كافٍ[٢].

٥ ـ إنّه لا يصحّ ضمان الأعيان المضمونة، كالغصوب والعواري والأمانات عند التعدّي والتفريط، لأنّ الأعيان لا تثبت في الذمّة، وإنّما الذي يثبت في الذمّة هـو الدين، وبه قال قسم من الإمامية[٣]، وهو أحد وجهين بل قولين للشافعية[٤].

ويناقش:

إنّه لا يشترط كون المضمون ثابتاً في الذمّة ولا نقله إليها، وحتى لو أفاد الضمان

---

١. المغني ٤: ٤٨٢، وانظر: كشّاف القناع ٣: ٣٦٧.

٢. كشّاف القناع ٣: ٣٦٧، وانظر المغني ٤: ٤٨٢.

٣. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢، بلغة الفقيه وشرحها ٢: ٣٣٥، جواهر الكلام ٤: ٤٠٩.

٤. المهذّب ١٣: ٤٩٧، تحفة المحتاج ٥: ٢٤٦.

الثبوت أو النقل فقد وجّهوا ضمان الأعيان بأنّ الثابت فيه حقّ الردّ أو أدائها عند تلفها. وإضافة الحديث عنه عند الكلام عن ضمان الأعيان.

المثبتون لصحة «ضمان ما لم يجب» وأدلتهم

نصوص فقهية

قال العاملي بعد نقله عدم صحة ضمان ما لم يثبت في الذمة لدى الامامية: (وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الأعيان المغصوبة، والعهدة، ونقصان الصنجة وغير ذلك كما ستسمع، فهي إما مستثناة أو الشرط اغلبي)[١].

وقال السيد الطباطبائي: لا مانع من ضمان ما لم يجب (بعد ثبوت المقتضي، ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع وان اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته)[٢]. وقال أيضاً: (لا يبعد صحة ضمان النفقة المستقبلة للزوجة (لكفاية وجود المقتضي، وهو الزوجية)[٣].

وقال كاشف الغطاء: (فالأقوى كفاية مقتضي الثبوت، وعليه فيصح ضمان النفقة المستقبلة للزوجة لأن نفس الزوجة تقتضي ثبوتها وان لم تثبت فعلا، بل يمكن القول بما هو أوسع وهو ضمان الأعيان وعدم قصره على الحق الثابت في الذمة)[٤].

وجاء في الفقه المالكي ما قاله أبو البركات مع الأصل: (بدين لازم أو آئل إليه، لا كتابة لأنها غير لازمة ولا آئلة للزوم... بل كجعل ولو قبل الشروع في العمل فيصح، وداين فلاناً أو بايعه أو عامله وأنا به ضامن[٥]. وانظر في هذا المجال ما قاله

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٧.

٢. العروة الوثقى: ٦٧٣.

٣. المصدر السابق: ٦٧٢.

٤. كشف الغطاء ٢: ٣٦٤.

٥. الشرح الكبير للدردير ٣: ٣٣٣.

ابن رشد في بداية المجتهد[١]، والحطّاب في مواهب الجليل[٢]، وكذلك المـوّاق فـي التاج والإكليل[٣].

وأمّا الفقه الحنفي فجوّز ضمان ما لم يجب إلّا في بعض أفراده؛ ومن نصوصهم ما قاله عبد الله بن مودود الموصلي: ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم، كشرط وجوب الحقّ، وهو قوله: ما بايعت فلاناً فعليّ، أو ما ذاب لك[٤] عليه فعليّ...، أو بشرط إمكان الاستيفاء كقوله: إن قدم فلان فعليّ وهو مكفول عنه، أو بشرط تعذّر الاستيفاء كقوله: إن غاب فعليّ، ولا يجوز بمجرّد الشرط كقوله: إن هبّت الريح أو جاء المطر[٥].

وقال المرغيناني: ويجوز تعليق الكفالة بالشروط[٦]. ومثّل له بقوله: مـا بـايعت فلاناً فعليّ، أو ما ذاب لك عليه فعليّ، أو ما غصبك فعليّ[٧].

وقد رأينا سابقاً أنّهم اشترطوا في كفالة الدين أن يكون الدين صحيحاً، وهو ما يسقط بالأداء أو الإبراء، قال عبد الله ابن مودود: والكفالة بالمال جائزة إذا كان ديناً صحيحاً، حتى لا تصحّ ببدل الكتابة، والسعاية، والأمانات، والحدود، والقصاص[٨].

وقال الشعراني: ومن ذلك قول أبي حنيفة ومالك وأحمد: إنّ ضمان المـجهول جائز، وكذلك ضمان ما لم يجب، مع قول الشافعي في المشهور أنّ ذلك لا يجوز[٩]،

---

١. بداية المجتهد ٢: ٢٩٤.

٢. مواهب الجليل ٥: ٩٩.

٣. التاج والاكليل ٥: ٩٩.

٤. ما ذاب في يديّ منه خير: ما حصل.

٥. المختار ٢: ١٧١.

٦. بدايةالمبتدي ٣: ٩٠.

٧. الهداية ٣: ٩٠.

٨. المختار ٢: ١٦٨.

٩. الميزان ٢: ٧٠.

وكذا ما جاء في كتاب رحمة الأُمّة في اختلاف الأئمّة[١].

ومن الفقه الحنبلي ما قاله الخرقي: ومن ضمن عنه حقّ بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيته فهو عليّ، فقد لزمه ما صحّ أنّه أعطاه[٢]. واستفاد ابن قدامة من هذه المسألة عدّة مسائل: منها؛ صحّة ضمان ما لم يجب، فإنّ معنى قوله: «ما أعطيته» أي ما تعطيه في المستقبل[٣]. ومنها: صحّة الضمان في كلّ حقّ أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدّة الخيار وبعده، والأُجرة، والمهر قبل الدخول أو بعده، لأنّ هذه الحقوق لازمة، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها، كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار[٤].

وجاء في مختصر الإنصاف والشرح الكبير: ولا يعتبر كون الحقّ معلوماً ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب، فمتى قال: أنا ضامن لك ما على فلان، أو ما تقوم به البيّنة، أو ما يقرّ به لك، صحّ..... ويصحّ ضمان ما لم يجب كقوله: ما أعطيت فلاناً فهو عليّ.... ويصحّ ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري، وعن المشتري للبائع... ولا يصحّ ضمان الأمانات كالوديعة، والعين المؤجّرة، والشركة، والمضاربة، والعين المدفوعة إلى الخيّاط، لأنّها غير مضمونة على صاحب اليد، وإن ضمن التعدّي فيها فظاهر كلام أحمد صحّة ضمانها. فأمّا الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوضة على وجه السوم فيصحّ ضمانها، ويصحّ ضمان الجعل في الجعالة وفي المسابقة والمناضلة[٥].

---

١. رحمة الأمة ٢: ١٧.

٢. مختصر الخرقي ٤: ٤٨٠.

٣. المغني ٤: ٤٨١.

٤. المصدر السابق: ٤٨٢.

٥. مختصر الإنصاف والشرح الكبير: ٣٤٣ ـ ٣٤٤.

وإذ أجاز هذا الفريق صحّة ضمان ما لم يجب، لكنّه منع من صحّة بعض أفراده، كضمان الأمانات، والحدود، والقصاص، ومال المكاتبة.

والحديث القادم عن دليل القائلين بصحّة ضمان ما لم يجب أو بعض أفراده، وكيف صحّحوا ضمان شيء لم يثبت بعد؟

أدلّة المثبتين لصحّة «ضمان ما لم يجب»

وأهمّ ما استدلّ به على صحّة هذا النوع من الضمان:

(١) قوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾[١].

وقد استدلّوا بالآية على جواز ضمان ما يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل العمل أو بعد الشروع به مع أنه عقد غير لازم، كما استدلّ بها آخرون على نفس الجعالة.

قال الشيخ الطوسيّ: دليلنا قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾ وهذا نصّ[٢] وذكر العامليّ استدلالهم عليه بقوله: وقد استدلّ الفقهاء بالآية الكريمة وكذا الحديث، على مسائل من الجعالة والضمان فليكن هذا منها[٣].

وقال المطيعيّ: الضرب الرابع: دين غير لازم إلّا أن يؤول إلى اللزوم، وهو مال الجعالة قبل العمل... هل يصحّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصحّ؛ لقوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾. فضمن المنادي مال الجعالة...

---

١. يوسف: ٧٢.

٢. الخلاف ٢: ١٣٤.

٣. مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٨.

والثاني: لا يصحّ، لأنّه دين غير لازم.... وممن قال: لم يضمن المنادي، وإنّما أخبر عن الملك أنّه بذل لمن ردّه حمل البعير وأنّ الملك قال: وأنا به زعيم[١].

واستدلّ بالآية أيضاً ابن قدامة[٢]، وابن قيّم[٣]، والبهوتي[٤]. قال البهوتي: فيصحّ ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب لقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾. فدلّت الآية على ضمان حمل البعير مع أنّه لم يكن وجب[٥].

وجه الاستدلال

وللعلماء في الاستدلال بالآية وجوه ومحتملات، لعلّ أبرزها ومرجعها ما يأتي، ومن ذكره يتّضح وجه الاستدلال بها على صحّة ضمان ما لم يجب.

أوّلاً: إنّ المؤذّن متعهّد بأداء حمل بعير من ماله الخاصّ لمن جاء بالصواع، فتعهّده بالمال للمجعول له تعهّد ابتدائي، لا أنّه ضامن لما في ذمّة الملك من الجعل؛ إذ العمل من المجعول له لم يتحقّق بعد لتشتغل ذمّة الملك بالمضمون جاء في الجواهر: والآية الشريفة محمولة على إرادة التعهّد العرفي لا العقديّ، ضرورة عدم قبول مضمون له يثبت له حقّ في ذمّة الجاعل، أو على إرادة بيان كون الجعل منه على ذلك لا على الملك، أو على غير ذلك[٦].

كما احتملوا في الآية أنّ المنادي لم يكن هو الضامن فيها، وإنّما أخبر عن الملك أنّه بذل لمن ردّه حمل البعير، وأنّ الملك قال: وأنا به زعيم[٧].

---

١. التكملة الثانية، المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٠.

٢. المغني ٤: ٤٨٣.

٣. أعلام الموقّعين ٣: ٣٩٦.

٤. كشّاف القناع ٣: ٣٦٧.

٥. المصدر السابق.

٦. جواهر الكلام ٤: ٤٠٩، وانظر شرح البلغة ٢: ٣٤٢.

٧. التكملة الثانية، المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٠.

وممّا مضى يفهم أنّ المراد بالآية إنّما هو الضمان الثلاثيّ الأركان.

ثانياً: إنّها دالّة على عقد الضمان الرباعيّ الأركان، غير أنّ المستدلّين اختلفوا في جهة الاستدلال وتصويره، فقال بعضهم بإفادة الضمان النقل، وقال آخرون بعدمه، ولعلّ مرجع التصوير أمران:

أ ـ ثبوت المضمون فعلاً في الذمّة. قال صاحب الجواهر: نعم لو قلنا: إنّ عقد الجعالة سبب تامّ في الثبوت في الذمّة وإن عرض له البطلان بعد تمام العمل أو بالفسخ أو نحو ذلك، اتّجه حينئذ صحّة ضمانه للثبوت في الذمّة حينئذ فعلاً، وإن كان معرضاً للبطلان؛ لأنّه لا ينافي صحّة الضمان، وكذا يصحّ لو قلنا بأنّ العمل من الشرائط الكاشفة، لكن بتمام العمل ينكشف صحّة الضمان وقبله ينكشف بطلانه، ولعلّ ذلك لا يخلو من قوّة بل قد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهرة[1].

ب ـ تصحيح الضمان المعلّق أو العهدة. فتارةً كما يكتفى في صحّة الضمان بالثبوت الفعليّ للمضمون به، كذلك يكتفى بالمقتضي للثبوت، وهو قول المؤذّن من قبل الملك: ﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾. وأُخرى أنّ الملك وإن لم تشغل ذمّته بالمال ليصحّ أن ينتقل المضمون إلى ذمّة الضامن بل الثابت في ذمّة الملك هو عهدة الجعل، فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة ولعلّ مرجعهما واحد، كما قال في شرح البلغة[2]. فإنّ مقتضى الثبوت كما في الجواب الأوّل لا يكفي في نقل المضمون لذمّة الضامن فعلاً.

وقرّب ابن قيّم الجوزية الاستدلال بالآية قائلاً: إنّما يصير ضامناً إذا ثبت في ذمّة المضمون عنه، وإلّا في الحال فليس هو ضامناً، وإن صحّ أن يقال «هو ضامن

---

١. جواهر الكلام ٤: ٤٠٩.

٢. شرح البلغة ٢: ٣٤٣.

بالقوّة» ففي الحقيقة هو ضمان معلّق على شرط، وذلك جائز[١]. وعلّله البهوتي بقوله: لأنّه قد ضمّ ذمّته إلى ذمّة المضمون عنه في أنّه يلزمه ما يلزمه، ويثبت في ذمّته ما يثبت، هذا كافٍ[٢].

وإذن فمحتملات الآية هي:

١ ـ أنها إخبار عن قول الملك، وأنّ الملك قال: ﴿وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾.

٢ ـ أنّ المؤذّن متعهّد بأداء الحمل من ماله الخاصّ، فتعهّده تعهّد ابتدائيّ على نحو الجعالة.

٣ ـ أنّه من الضمان الناقل، فبعقد الجعالة شغلت ذمّة الملك، وبضمان المؤذّن انتقل المضمون لذمّته.

٤ ـ أنّ الثابت في ذمّة الملك هو عهدة الجعل، فضمان المؤذّن عنه من ضمان العهدة أو التعليق، أي إن لم يؤدّه الملك فأنا به ضامن، أو يقال: كما يكتفى في صحّة الضمان بالثبوت الفعلي للمضمون به، كذلك يكتفى بالمقتضي للثبوت، وهو قول المؤذن من قبل الملك: ﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾.

(٢) وممّا استدلّ به على صحّة ضمان ما لم يجب، قوله ﷺ: «الزعيم غارم»[٣]. وممن استدلّ به ابن قدامة[٤]، وقد سبق ما يستفاد من الحديث المذكور ووجه الاستدلال به.

وقد يقال: إنّ كثيراً من الفقهاء ممن لم يصحّح ضمان ما لم يجب، استدلّ بآية:

---

١. أعلام الموقّعين ٣: ٣٩٧.

٢. كشّاف القناع ٣: ٣٦٧.

٣. سنن الدارقطني ٣: ٤١.

٤. المغني ٤: ٤٨١ ـ ٤٨٢.

﴿وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾ وبراوية: «الزعيم غارم»، على صحّة ضمان مال الجعالة قبل العمل، أو بعد الشروع به[١]. وهذا يعني أنّ صحّة ضمان مال الجعالة تصحيح لضمان ما لم يجب بدعوى أنّ العمل لم يلزم بعد.

وجوابه يعرف مما سبق عرضه في الآية، فقد مرّ قول صاحب الجواهر من كون العقد سبباً تامّاً للثبوت في الذمّة أو أنّ العمل شرط كاشف، وبتمامه ينكشف صحّة الضمان، وكذا يستفاد من العامليّ استدلال بعض الفقهاء بالآية والرواية على ما كان ثابتاً غير لازم ولكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة إذا عمل تام العمل[٢]، وإذن فليس الضمان للعمل؛ لأنّه لا يلزم وإنّما الضمان هو للمال، وهذا ما نصّ عليه ابن قدامة في ضمان مال الجعالة أيضاً[٣].

(٣) ويمكن الاستدلال على صحّة ضمان بعض موارد ما لم يجب، بالعمومات، كآية الوفاء بالعقود[٤]، والتجارة عن تراضٍ[٥]، وحديث: «المؤمنون عند شروطهم»[٦] متى عرف ذلك المورد بين الناس كونه عقداً ولم يكن ثمّة مانع آخر منه، ففي مثل: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه ذكر لتصحيحه وجوه:

أحدها: كونه من الجعالة، كما احتمله في التذكرة والتحرير والبلغة[٧]، وذلك أنّ حقيقة الجعالة هي بذل المال على المحترم من الأعمال، فمتى استدعى الآمر وقوع

---

١. الخلاف للطوسي ٢: ١٣٤، مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٨.

٢. مفتاح الكرامة ٥: ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

٣. المغني ٤: ٤٨٣.

٤. المائدة: ١.

٥. النساء: ٢٩.

٦. الوسائل ١٥: ٣٠، المجموع ١١: ٦٥ و١٢: ٣٩٢.

٧. بلغة الفقيه ٢: ٣٤٧.

العمل المحترم أو إتلاف المال من الغير مع عدم قصد التبرّع في البين، يكون ذلك من باب الجعالة.

وثانيهما: أنّه من ضمان العهدة، فالممتنع من ضمان ما لم يجب هـو مـا كـان ضماناً ناقلاً من ذمّة الغير؛ لتوقّف نقله على ثبوته، وأمّا مجرّد الالتزام بتدارك مال الغير وتباني العرف على عقدية مثل ذلك الالتزام، فهو أمر معقول، ويمكن أن يكون مشمولاً للعمومات، كآية ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾، وهو ممّا استدلّ به بحر العـلوم عـلى صحّة ضمان الأعيان[1].

وفي مثل دايِنْ فلاناً وعليّ ضمانه، لم يمنع الشيخ مغنية من صحّته، واستدلّ له بقوله: ليس من الضروريّ إذا لم يصحّ ضماناً مثل قوله: أعط فلاناً وأنا أعطيك عنه، أن لا يصحّ إطلاقاً، لأنّ الصحّة لا تنحصر بالضمان ولا بالعقود المسمّاة. فالمهمّ أن يصدق على التعهّد اسم العقد حقيقةً عند أهل العرف، والتعهّد المذكور يصدق عليه اسم العقد كما هو المفروض، فيشمله ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ و﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ و«المؤمنون عند شروطهم»[2].

وعلى أساس شمول تلك العمومات للعقود المسمّاة وغير المسمّاة منها، أمكن تصحيح بعض موارد ضمان ما لم يجب، وهو الاستيفاء بالأمر المعامليّ.

(٤) إنّ الحاجة، أو الضرورة، أو الإجماع، تدعو للقول بصحّة ضمان ما لم يجب في بعض موارده وإن كان بذاته غير صحيح، ولذلك صحّح بعضهم ضمان الأعيان المغصوبة والعواري والجعالة وأمثالها. وهذه جملة من نصوصهم.

قال العامليّ: يصحّ ضمان الثمن عن المشتري للبائع إذا كان ديناً وهذا لا ريب

---

١. بلغة الفقيه ٢: ٣٤٧، وانظر أيضاً ٢: ١٨٣.

٢. فقه الإمام جعفر الصادق ٤: ٥٠ ـ ٥١.

فيه، وأمّا إذا كان عيناً فهو من جملة الأعيان المضمونة، ففي جامع المقاصد: لعل تحويز ضمانه لعموم البلوى، ورعاية الحاجة، وإطباق الناس على ضمان العهدة[١].

وذكر أيضاً استدلالهم على ضمان الثمن عن البائع للمشتري بعد قبضه، فقال: وقد استدلّوا عليه بعموم أدلة الضمان، ومنها: «المؤمنون عند شروطهم» وبالإجماع، واستمرار الطريقة في الأعصار، المؤيّد بالضرورة[٢].

وممّا قاله بحر العلوم عن ضمان الثمن للمشتري عن البائع بعد القبض وقبل التلف: تكرّر نقل الإجماع على صحّته، ولعلّه من المسلّمات عندهم، ولذا تخلّص بعض عن محذور كونه من ضمان ما لم يجب بالإجماع ومسيس الحاجة إليه[٣].

وجاء في البحر الزخّار قوله: وفي ضمان أجنبيّ درك المبيع وجهان: يصحّ؛ للحاجة إلى التوثيق فيه، ولا، إذ هو ضمان بردّ الثمن قبل وجوبه[٤].

وعلل ابن حجر في تحفة المحتاج كثيراً من الموارد بمسّ الحاجة إليه، جاء في المنهاج: وصحّح القديم ضمان ما سيجب[٥]، فعلّله ابن حجر بقوله: وإن لم يجر سبب وجوبه، كثمن ما سيبيعه؛ لأنّ الحاجة قد تمسّ إليه[٦].

وجاء في التحفة أيضاً: ولو قال: اقرض هذا مائة وأنا لها ضامن، ففعل، ضمنها على الأوجه، نظير ما يأتي في ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، بجامع أنّ كلّاً يحتاج إليه، فليس المراد بالضمان ما في هذا الباب[٧]. وجاء في المنهاج والتحفة: والمذهب

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٣.
٢. المصدر السابق: ٣٧٤.
٣. بلغة الفقيه ٢: ٣٣٧.
٤. البحر الزخّار ٥: ٧٨.
٥. المنهاج ٥: ٢٤٧.
٦. تحفة المحتاج ٥: ٢٤٧.
٧. المصدر السابق.

صحّة ضمان الدرك، ويسمّى ضمان العهدة وإن لم يكن ثابتاً لمسّ الحاجة إليه[١].

ويناقش الدليل بـ:

أ ـ إن أُريد بالضمان نقل شيء إلى ذمّة فعلاً وهو لم يوجد، فهو أمر غير ممكن، كما سبق في الضمان الناقل، ومثل الحاجة أو الضرورة أو الإجماع لا تصيّر غير الممكن ممكناً، كما نصّ عليه في بلغة الفقيه[٢].

ب ـ لا دليل على كون الضمان ناقلاً دائماً إلى الذمّة ـ كما تقدّم في ضمان الدين ـ أو كون المضمون ثابتاً في ذمّة المضمون عنه، ليلتجأ لتصحيح ضمان ما لم يجب بمثل الضرورة أو الإجماع، ولذا قال بعضهم: إنّ الشرط أغلبيّ، أو يكتفى فيه بمقتضى الثبوت كما تقدّم[٣].

(٥) واستدلّ ابن قدامة على صحّة ضمان ما لم يجب، بما استدلّ به أوّلاً على صحّة ضمان المجهول، فممّا ذكره لتصحيح ضمان المجهول قوله: ولأنّه التزام حقّ في الذمّة من غير معاوضة، فصحّ في المجهول، كالنذر والإقرار[٤]، فكذلك يصحّ ضمان مالم يجب لنفس الدليل، فقد ذكر ابن قدامة أنّ دليل الصحّة وعدمها في المسألتين واحد، إذ قال وهو يتكلّم عن ضمان ما لم يجب: والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها[٥]، أي: مسألة ضمان المجهول.

ويناقش: كيف يثبت حقّ في ذمّة الضامن ويلتزم به فعلاً وهو لم يثبت في ذمّة

---

١. المصدر السابق.

٢. بلغة الفقيه ٢: ٣٣٥ و٣٣٧.

٣. راجع: ٢٨١.

٤. المغني ٤: ٤٨١.

٥. المصدر السابق.

المضمون عنه، إلّا إذا أراد به على نحو التعليق، كما يبدو ممّا مثّل به وممّا ردّ به على المانعين بقوله: في أنّه يلزمه ما يلزمه وأنّ ما ثبت في ذمّة مضمونه يثبت في ذمّته، وهذا كافٍ[١].

(٦) ويستدلّ على صحّة ضمان ما لم يجب، بجواز التعليق في العقود فقد أجازه بعض الإماميّة[٢]، كما أجاز الحنفيّة تعليق الكفالة بشرط ملائم، كشرط وجوب الحقّ، نحو ما بايعت فلاناً فعليّ[٣]، وكذا أجاز التعليق في العقود ابن قدامة، وابن قيّم الجوزيّة، والبهوتيّ[٤]. قال ابن قدامة: ولأنّه يصحّ تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة[٥]. بالإضافة إلى نصّه السابق، وقال ابن قيّم الجوزية: إنّما يصير ضامناً إذا ثبت في ذمّة المضمون عنه، وإلّا في الحال فليس هو ضامناً وإن صحّ أن يقال: هو ضامن بالقوّة، ففي الحقيقة هو ضمان معلّق على شرط، وذلك جائز[٦].

ولعلّ من أهمّ ما يرد على صحّة التعليق ما يبدو من تناقض مؤدّاه، لأنّ الإنشاء المعلّق على أمر متأخّر مرجعه إلى عدم الجزم الذي لابدّ منه بالعقد.

وقد يناقش الإيراد بأنّ المانع بل المستحيل هو أن يكون الإنشاء معلّقاً، فيكون مؤدّاه متناقضاً، أمّا لو قلنا بأنّ الإنشاء منجّز والمنشأ معلّق فقد يقال بصحّته. وقال مغنية: واستدلّوا على بطلان الضمان المعلّق بأنّ الضمان لابدّ فيه من الرضا، ولا رضا إلّا مع الجزم، ولا حزم مع التعليق. وهذا مجرّد استحسان حيث لا نصّ على شيء

---

١. المغني ٤: ٤٨٢.

٢. انظر جواز التعليق في العقود وعدمه لدى الإمامية في مثل: نظرية العقد في الفقه الجعفري: ١٨٣، محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ١٣٦، مصباح الفقاهة ٣: ٧٠.

٣. المختار ٢: ١٧١.

٤. المغني ٤: ٤٨١، أعلام الموقّعين ٣: ٣٩٧، كشّاف القناع ٣: ٣٦٧.

٥. المغني ٤: ٤٨١.

٦. أعلام الموقّعين ٣: ٣٩٧.

من ذلك، بل هو اعتراف بأنّ الرضا إذا وجد مع التعليق صحّ الضمان....[١].

(٧) ليس هناك دليل من نصّ أو إجماع على المنع من ضمان ما لم يجب وإن اشتهر بين الفقهاء ودار على ألسنتهم، فمتى ما تحقّق سبب الضمان كالأعيان المضمونة في يد الغير، أو أيّ مقتض آخر للثبوت، فلا إجماع على عدم صحّته. قال السيّد الطباطبائي: لا مانع منه بعد ثبوت المقتضي، ولا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب من نصّ أو إجماع وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته[٢].

الرأي المختار

ظهر لنا من العرض السابق للنصوص الفقهية في صحّة ضمان ما لم يجب وعدمه أنّ القاعدة لدى فريق من الفقهاء هي عدم جواز ضمان ما لم يجب، وأنّ ما جوّزوه من بعض أفراده يعدّ استثناءً من قاعدتهم، وأنّ القاعدة لدى الفريق الآخر منهم هي جواز ضمان ما لم يجب، وأنّ ما لم يجوّزوه منه يعدّ استثناءً من القاعدة.

وظهر لنا أيضاً من عرض أدلّة كلّ من الفريقين ومناقشتها، أنّها لم تنهض عموماً بكلّ ما ذهب إليه هذا الفريق أو ذاك.

والذي يبدو ويقال بحذر: أن لا نزاع بين الفقهاء في جوهر موضوع ضمان ما لم يجب، فهم يقولون بصحّته على نحو، كما في ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، ولا يقولون بصحّته على نحو آخر، كما في الوديعة والنقل إلى الذمّة فعلاً، ولكنهم اختلفوا في السبل لا في الجوهر، كما اختلفوا في تطبيقات الكلّيات على مصاديقها، والاختلاف في مثلها واقع شأن بقيّة الكليات.

---

١. فقه الإمام جعفر الصادق ٤: ٤٧.

٢. العروة الوثقى: ٦٧٣.

وعليه فما يمكن أن يقال في ضمان ما لم يجب:

١ ـ إنّه لا يصحّ إذا أُريد به نقل الديون أو الحقوق إلى ذمّة الضامن فعلاً، لكونها لم تثبت فعلاً في ذمّة المضمون عنه.

٢ ـ إنّه يصحّ إذا كان هناك مقتضٍ للثبوت، كما يجوز التعهّد فعلاً والأداء إن ظهر الاستحقاق، أو امتنع المضمون عنه عن أداء الدين أو العين.

ودليله هو معنى الضمان، وخضوعه للعمومات، مع عدم إجماع في البين عـلى منعه.

الفصل الثاني

ضمان الأعيان

معنى ضمان الأعيان

قد يطلق ضمان العين ويراد به الضمان الناشيء عن وضع اليد على عين مّا، أو إتلافها، دون توسّط عقد أو التزام.

وقد يطلق ضمان العين ويراد به الضمان الناشيء عن عقد والتزام.

فالفرق بين الضمانين السابقين هو حاجة أحدهما إلى إنشاء وعقد، وعدم حاجة الآخر إلى ذلك.

ثم إنّ الضمان الناشيء عن عقد والتزام يمكن تقسيمه بلحاظ الضمان عن المضمون عنه وعدمه إلى قسمين:

أحدهما: ما كان الضمان فيه ثلاثيّ الأركان، كأن يضمن شخص عيناً من الأعيان ضماناً ابتدائيّاً، ويلتزم بأدائها لصاحبها من دون ملاحظة وجود المضمون عنه وعدمه.

وثانيهما: ما كان الضمان فيه رباعيّ الأركان، فقد يضمن شخص عن شخص عيناً مضمونةً عليه، ومثاله: أن يغصب شخص ثوب آخر، فيأتي ثالث فيضمن الثوب

عن الغاصب، ومنه ضمان العهدة أو الدرك، كما في مفتاح الكرامة[١]، وتحفة المحتاج[٢].

وهذا القسم الأخير هو موضع حديثنا في هذا الفصل، ويمكن تقسيمه بلحاظ متعلّقه إلى قسمين، هما:

١ ـ ضمان الأعيان المضمونة بالأصل.

٢ ـ ضمان الأعيان غير المضمونة بالأصل.

وعلى هذا، فالكلام يقع في مبحثين:

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٣.

٢. تحفة المحتاج ٥: ٢٤٧.

المبحث الأوّل
ضمان الأعيان المضمونة بالأصل

تقسيم الأعيان

يقسّم الفقهاء الأعيان إلى أعيان مضمونة بالأصل، مثل العين المغصوبة والعين المقبوضة بالعقد الفاسد، والعين المتلفة بغير حقّ، وإلى أعيان غير مضمونة بالأصل، وهي مثل الوديعة، والعين المستأجرة، وسائر الأمانات، وحتى لو صحّ ضمانها على من هي في يده فهي أعيان غير مضمونة على القابض بالأصل.

معنى ضمان العين المضمونة

والمراد بضمان الأعيان هنا: هو انتقال حقّ ردّها إلى ذمّة الضامن أو مشاركته المضمون عنه في الردّ، أو أداء قيمتها على تقدير التلف وامتناع المضمون عنه عن الأداء، أو ما شاكل.

والفقهاء في شأن ضمان الأعيان المضمونة وعدمه بين مانع ومجوّز، والمجوّزون منهم اختلفوا في المراد بضمانها، كما بيّنا، وكما سيتّضح أكثر من خلال البحث.

وبالإجمال، فقد اختلفت كلمة الفقهاء في ضمان الأعيان المضمونة على من هي بيده على قولين:

أحدهما: بالنفي.

ثانيهما: بالإثبات.

أوّلاً: أدلّة المانعين من ضمان الأعيان المضمونة

ذهب قسم من الفقهاء إلى بطلان ضمان الأعيان المضمونة، وبه قال صاحب الجواهر[١]، وهو المنسوب إلى ثاني الشهيدين والمحقّقين من الإماميّة[٢]، وهو ما جاء في البحر الزخّار من الفقه الزيديّ[٣] وإليه أيضاً ذهبت الشافعيّة في أحد وجهين بل قولين لها[٤].

وقد استدلّ على المنع من ضمان الأعيان المضمونة ـ كالغصب والأمانة مع التعدّي والتفريط ـ بأدلّة يمكن انتزاعها من مجموع ما عرضه الفقهاء في هذا المجال:

١ ـ إنّ الأعيان غير ثابتة في الذمّة، وشرط الضمان ثبوته في الذمّة، قال صاحب الجواهر: وإنّ شرطه ثبوت المال في الذمّة، والأعيان المضمونة إنّما يجب ردّها وهو ليس بمال في الذمّة[٥].

---

١. قال في جواهر الكلام ٤: ٤٠٩: وإنّ شرطه ثبوت المال في الذمّة، والأعيان المضمونة إنما يجب ردّها، وهو ليس بمال في الذمّة.

٢. قال في بلغة الفقيه ٢: ٣٣٥: وفي ضمان الأعيان المضمونة على الغير قبل تلفها بالصيغة خلاف، والأظهر عندي بل الأقوى الصحّة... خلافاً لثاني الشهيدين والمحقّقين وغيرهم فقوّوا البطلان، وتوقّف في القواعد.

٣. جاء في البحر الزخّار ٥: ٧٦: ولا المضمونة، إذ هو ضمّ ذمّة إلى ذمّة، والعين لا تثبت في الذمّة.

٤. قال في المهذّب ١٣: ٤٩٧: ما نصّه: وإن تكفّل بعين نظرت، فإن كان أمانة كالوديعة لم يصحّ... وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان، بناءً على القولين في كفالة البدن، وقال في المنهاج ٥: ٢٤٦: ويشترط في المضمون كونه ثابتاً. قال ابن حجر بعد قول المصنّف: «كونه»: أشار بحذفه ديناً هنا، وذكره في الرهن إلى شموله للعين المضمونة. لكنّ العبادي قال: قد يتوقّف في اتّصاف العين بالثبوت واللزوم. انظر حاشية العبادي والشرواني أيضاً على تحفة المحتاج ٥: ٢٤٦.

٥. جواهر الكلام ٤: ٤٠٩.

ويناقش:

أ ـ ليس من شرط الضمان أن يكون المضمون ثابتاً في الذمّة، ولذا جاز ضمان العين ضماناً ابتدائيّاً مع أنّها لم تكن ثابتةً في الذمّة، فليكن ما نحن فيه كذلك:

ب ـ لا دليل على كون المضمون مالاً، بل هو أعمّ من الحقّ والمال، فما تعلّق بذمّة الضامن فعلاً هو وجوب الردّ، وهو حقّ ثابت في ذمّة المضمون عنه فعلاً، فضمانه ضمان لما وجب، كما قاله بعض الإمامية[1] والزيدية[2] والشافعية[3]، قال الشرواني: قوله: «ثابتاً» صفة لموصوف محذوف، أي حقاً ثابتاً، فيشمل الأعيان المضمونة والدين[4].

ج ـ إنّ المراد بضمان الأعيان هو دفع القيمة على تقدير التلف، لا تعلّق القيمة بالذمّة ليقال بعدم جوازه.

٢ ـ إنّ وصف الأعيان بالضمان معناه الالتزام بقيمتها عند التلف، والقيمة مجهولة، لذا لا يصحّ ضمانها. جاء في المغني: ووصفنا لها بالضمان إنّما معناه أنّه يلزمه قيمتها إن تلفت، والقيمة مجهولة[5].

ويناقش بما يأتي:

ليس الممنوع هو مطلق الجهل، بل الجهل المطلق، وقيمة الأعيان عند ضمانها ليست مجهولةً جهالةً محضةً، خاصّةً وأنّ الجهالة إنّما تؤثّر المنع في عقود

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢، بلغة الفقيه ٢: ٣٣٨.

٢. شرح الأزهار ٤: ٢٦٩.

٣. حواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٥: ٢٤٦.

٤. المصدر السابق.

٥. المغني ٤: ٤٨٤.

المعاوضات، لا في مثل عقد الضمان؛ لأنّ الضمان بطبيعته عقد غرر[١]. ومن ثم صحّحوا مثل أعتق عبدك عنّي، أو ألق متاعك في البحر.

٣ ـ قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»

وتقريب الاستدلال بها أنّ مسؤولية ذي اليد متحقّقة تجاه صاحب المال، وأنّ ذمّته مشغولة به ومثقّلة بتبعاته من الحفظ وما يلحقه من التلف والنقص، وبمقتضى إطلاق الحديث لا تفرغ هذه الذمّة حتى تؤدّي ما أخذته إلى مالكه أداءً عرفياً بحسب حالتي البقاء والتلف، وهذا يعني عدم تحوّل المأخوذ وانتقاله إلى غير ذي اليد وإن تعهد به ضامن لايكون إلّا بدليل شرعي ناقل وهو مفقود في المقام[٢].

ولا يقال: إنّ أدلّة الضمان الناقل ـ وقد مرّت علينا ـ مقيّدة لإطلاق الحديث فيكون المعنى: على اليد ما أخذت حتى تؤدّي ما لم يضمنه ضامن؟ لأنّا نقول: إنّ مورد أدلّة الضمان الناقل هو الديون لا الأعيان.

مناقشة

إنّ الاستدلال المذكور قد يتمّ لو التزمنا بإفادة الضمان النقل إلى الذمّة في كلّ الأحوال، وهو ما لم نلتزم به دائماً كما عرفنا، لذا يمكن أن يناقش الدليل المذكور بما نوقش به الدليل الأوّل من أدلّة المانعين.

٤ ـ إنّ الضمان هو التعهّد بالشيء والمسؤولية عنه، وهو مطلق من حيث إفادته النقل إلى الذمّة، أو اشتراك الذمّتين في الحقّ المضمون، أو المطالبة وبقاء المضمون في

---

١. يقول ابن حجر عن غررية عقد الضمان: لأنّ الضمان عقد غرر، تحفة المحتاج ٢: ٢٤٢. ويقول ابن قيّم الجوزية: وليس بعقد معاوضة فتؤثّر فيه الجهالة. أعلام الموقّعين ٣: ٣٩٧، وانظر الهداية شرح البداية ٣: ٩٠، مجمع الأنهر ٢: ١٠٢.

٢. شرح البلغة وغيرها ٢: ٣٣٧ ـ ٣٤٦.

الذمّة الأصلية أو غير ذلك من المحتملات. فتعيين أحدها دون البقية بحاجة إلى دليل.

لكن لا نزاع في مسؤولية الآخذ أو تعلّق المال بذمّته أوّلاً. وعند الضمان يشكّ في انتقاله إلى ذمّة الضامن، والأصل فيه عدم الانتقال إلّا ما ثبت بالدليل وهو نقل الديون.

مناقشة

وتعرف مناقشة الدليل المذكور بما سبق عرضه من الإجابات.

٥ ـ المعروف أنّ أركان الضمان أربعة: ضامن، ومضمون له، ومضمون، ومضمون عنه، إلّا أنّ وجود المضمون عنه غير ضروري في حقيقة الضمان، فهو في ضمان الدين ضروريّ الوجود؛ لنقل الحقّ إلى ذمّة الضامن، أمّا في مثل ضمان الأمانة فلم يتوفّر وجود هذا الركن، ولربما كان نظر من منع الضمان فيها لهذا السبب، إذ الأمين لا علاقة له بالعين حتى يضمنها عنه ضامن، وإنّ نظر من أجاز الضمان في الأعيان المغصوبة هو وجود المضمون عنه وهو الغاصب، ومع هذا فيمكن القول أيضاً بعدم وجود المضمون عنه في ضمان الأعيان المغصوبة، بل إنّ ضمان العين عن الغاصب ضمان ابتدائي، وهو من قبيل ضمان العين لصاحبها في قعر البحر، وكذا لو غصب شخص العين من غاصب يكون ضامناً لنفس العين ابتداءً لا عن الغاصب، وحينئذ يكون الحاصل أنّ ضمان العين مطلقاً لا يدخل في حقيقة الضمان عن ضامن، وأنّ ذلك إنما هو في ضمان الدين فقط. هذا ما أفاده في كتاب بحوث فقهية[١].

مناقشة الدليل

إنّ محطّ النظر والنزاع في ضمان الأعيان المضمونة هو الضمان عن ضامن، لا الضمان الابتدائيّ وإن كان ممكناً بذاته. ويؤيّد ذلك تفرقتهم بين ضمان الأمانة والأعيان المضمونة، فالأُولى منهما غير مضمونة بالأصل فلا تضمن، بخلاف الثانية، وبيان ذلك أنّ هناك فرضين:

---

١. بحوث فقهية: ٢٨.

أحدهما: كون الضمان ابتدائياً من غير ملاحظة المضمون عنه، ولا ممانعة في إمكانه، وليس هو مما يوجب الانتقال، وجد المضمون عنه كما في الغصب، أم لم يوجد كما في الأمانة.

والفرض الآخر: هو كون الضمان عن المضمون عنه وبملاحظة وجوده لتفريغ ذمّته أو مشاركته في المسؤولية أو ما شاكل.

فإيجاد الضمان إنما كان بملاحظة وجود المضمون عنه، وإلّا لما أقدم الضامن عليه، وعندئذ يأتي الكلام في كون الضمان ناقلاً أم لا. وهذا الفرض ـ لا الضمان الابتدائي ـ هو موضع النزاع في صحة ضمان الأعيان أو عدمها كما يبدو.

٦ ـ عدم وجود دليل على صحة ضمان الأعيان المضمونة، لذا لا يجوز ضمانها.

ويمكن الإجابة عن الاستدلال المذكور بما جاء في الجواهر من دليل الجواز، وهو: أنّ جواز ضمان الأعيان للعمومات، ولأنّه ضمان مال مضمون على المضمون عنه[١].

غير أنّ صاحب الجواهر أورد على دليل الجواز ما يأتي:

أ ـ إنه لا عموم يقتضي شرعية الضمان على الوجه المزبور حتى قوله: «الزعيم غارم».

ب ـ إنّ عموم ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ إنما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه، وقد عرفت أنّ الضمان عندنا من النواقل.

ج ـ إنّ شرط الضمان ثبوت المال في الذمّة، والأعيان المضمونة إنما يجب ردّها وهو ليس بمال في الذمة...، فيكون الضمان هنا ضمّ ذمّة إلى ذمة أُخرى، وهو ليس من أُصولنا[٢].

ويمكن مناقشة الإيرادات المذكورة بما هو آتٍ:

---

١. جواهر الكلام ٤: ٤٠٩.

٢. المصدر السابق.

أ ـ إنّه مع التسليم بنفي العموم في أدلّة الضمان من حيث إفادته النقل للديون والأعيان معاً، لكن لا يمتنع أن تكون عمومات تلك الأدلّة تفيد الضمان بنحو آخر، حسب ما أوقعه المتعاقدان، مثل الضمان عند التلف، أو عند امتناع المضمون عنه من أداء المضمون.

ب ـ لا دليل على كون الضمان مطلقاً ناقلاً، فإنّ الأخبار وإجماع الإمامية الدالّة على النقل إنّما هي في الديون لا في الأعيان، كما صرّح به غير واحد منهم، كصاحب مفتاح الكرامة[1]، وعليه فلو أُريد بضمان الأعيان هو وجوب ردّها أو أداء قيمتها عند التلف مثلاً، يكون مقتضى هذا العقد مشمولاً بعموم ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾.

ج ـ مضى الاستدلال على أنّ الثبوت في الذمّة ليس شرطاً في الضمان، ولا أنّ الانتقال من خواصّه حتى يقال بعدم إمكان نقل العين لعدم ثبوتها في الذمّة، بل قد يراد بضمان الأعيان أن يتعهّد اثنان أو أكثر بأدائها على نحو البدل، أو أداء أحدهما لها عند التلف وامتناع الآخر من الأداء أو غير ذلك مما احتمله القائلون بصحّة ضمانها، وسيأتي تصوير ضمان عدّة أشخاص لعين واحدة وإقامة الدليل عليه.

ثانياً: أدلّة المجوّزين لضمان الأعيان المضمونة

يبدو أنّ أكثر الفقهاء ذهبوا إلى صحّة ضمان الأعيان المضمونة، فمن فقهاء الإمامية المحقّق الحلّي[2]، والعلّامة الحلّي[3]، وبحر العلوم[4]، والسيد

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢.

٢. قال في شرائع الإسلام: ١٢٧: وفي ضمان الأعيان المضمونة كالغصب، المقبوضة بالبيع الفاسد، تردّد. والأشبه الجواز.

٣. قال في تذكرة الفقهاء ٢: ٩٢: وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه.

٤. قال في بلغة الفقيه ٢: ٣٣٥: وفي ضمان الأعيان المضمونة على الغير قبل تلفها بالصيغة خلاف، والأظهر عندي بل الأقوى الصحّة، وفاقاً للمحكيّ عن المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد.

الطباطبائي[١] وغيرهم، وصرّح بالصحة ابن مفتاح من الزيدية[٢]، وابن مودود الموصلي من الحنفية[٣]، وابن قدامة من الحنابلة[٤]، وهو أحد وجهين للشافعية، كما نصّ عليه الشيرازي منهم[٥].

واستدلّ القائلون بصحّة ضمان الأعيان المضمونة قل تلفها بأدلّة، هي:

١ ـ إنّ الثابت في ذمّة المضمون عنه هو وجوب ردّ العين مع وجودها ودفع بدلها عند التلف، وهذا الحقّ ينتقل بالضمان إلى ذمّة الضامن؛ إذ لا دليل على اختصاص الضمان بالمال الثابت في الذمة، بل اللازم ثبوت مضمون أعمّ من كونه حقاً أو مالاً. وإذ أنّ الحقّ ـ الردّ أو دفع البدل ـ ثابت في ذمّة المضمون عنه، فضمانه ضمان لما وجب، لا لما لم يجب، وبه تبرأ ذمّة المضمون عنه، إلّا إذا تجدّد سبب الضمان، كما لو بقيت العين في يد المضمون عنه، وهو رأي بحر العلوم في بلغته[٦]، واحتمله

---

١. قال في العروة الوثقى: ٦٧٣: اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين: ذهب ألى كلّ منهما جماعة، والأقوى الجواز.

٢. قال في شرح الأزهار ٤: ٢٦٩: وكذا الكفالة بالعين المضمونة؛ لأنّها إذا كانت مضمونة فوجب تحصيلها حق ثابت للمضمون له في ذمّة الضامن لها.

٣. قال في المختار ٢: ١٧٠: وتصحّ الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على سوم الشراء، والمغصوب، والمبيع فاسداً.

٤. قال في المغني ٢: ٤٨٤: ويصحّ ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية، وبه قال أبو حنيفة والشافعيّ في أحد القولين.

٥. قال في المهذّب ١٣: ٤٩٧: وإن تكفّل بعين نظرت، فإن كان أمانة كالوديعة لم يصحّ... وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض، ففيه وجهان بناءً على القولين في كفالة البدن، فإن قلنا: إنّها تصحّ فهلكت العين فقد قال أبو العباس: فيه وجهان: أحدهما: يجب عليه ضمانها، والثاني: لا يجب. وقال الشيخ أبو حامد: لا يجوز، بناءً ذلك على كفالة البدن، فإنّ البدن لو تلف لم يضمن بدله، ولو هلكت العين ضمنها.

٦. بلغة الفقيه ٢: ٣٣٨.

العامليّ في مفتاح الكرامة[١].

وأورد عليه المعلّق على البلغة بما خلاصته: إنّ إمكان انتقال الحقّ أو المال بجميع شؤونه وآثاره، لا يكفي في الحكم بفعلية الانتقال إلى الضامن ما لم يدلّ عليه دليل، والقول بأنّ أدلّة عقد الضمان الناقل تشمله، بحاجة إلى إثبات؛ لأنّ موردها الديون دون غيرها[٢].

٢ ـ إنّ ضمان المثل أو القيمة وإن كان يثبت بعد تلف العين، إلّا أنّ وضع اليد التي هي سبب الضمان بمنزلة تحقيق المسبّب ـ وهو ضمان المثل أو القيمة ـ فيصحّ الضمان.

وأُورد عليه: إنّ ضمان المثل أو القيمة لم يثبت بعدُ على الأصيل، لوجود العين عنده، فكيف ينتقل إلى ذمّة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه؟![٣].

وبتعبير آخر: لا يكفي في دفع محذور المحال دعوى أنّ القيمة بعد وجود السبب ثابتة في الذمة بالقوة القريبة وتنزيل المعدوم منزلة الموجود[٤]؛ لتوقّف النقل على الثبوت فعلاً لا على القول بالقوّة القريبة.

نعم، لو أرادوا بالقوّة القريبة هو انتقال الحق الثابت في ذمّة المضمون عنه إلى

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢.

٢. شرح البلغة ٢: ٣٣٩.

٣. المصدر السابق: ٣٣٦.

٤. قال بحر العلوم في بلغته ٢: ٣٤١: كما صرّح به الكنز في باب الرهن حيث قال: ومن وجود سبب الضمان، ووجود السبب يجري مجرى وجود المسبّب، فإنّ كل واحد من هذه سبب في وجوب قيمتها لو تلفت، فلها تعلّق بالذمّة. إلّا أنّك خبير بما فيه، ضرورة توقّف النقل والتحويل على الثبوت فعلاً ولا تكفي القوّة القريبة في دفع محذور المحال، فهو شرط عقليّ إلى آخره.

ذمة الضامن، كما قاله بحر العلوم، أو أنّ المراد بالقوّة هو انشغال ذمة الضامن عند عدم الدفع من المضمون عنه، كما قاله ابن قيّم الجوزية في الضمان، فهو صحيح، ولكنه تابع لدليله من عقد أو شرط.

٣ ـ ويستدلّ على جواز ضمان الأعيان المضمونة بعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، بناءً على أنّ الزعيم هو المتعهّد بما اشتغلت به ذمّة الغير وملزم بأدائه، فيعمّ الدين والعين، وإذ ثبت النقل في ضمان الديون فكذلك الأعيان أيضاً.

ونوقش الدليل[١]:

أ ـ بأنّ المشتقّ غارم حقيقةً فيمن تلبّس بالمبدأ في الحال، فتعهّد الزعيم بالدين ملزم بأدائه فعلاً، وأمّا تعهّده بالعين فلا يلزمه غرامتها فعلاً بل بعد التلف، فالزعيم وإن كان يشمل الدين والعين بإطلاقه لكن ظهور الغارم بالفعل مقدّم على ظهور الموضوع ـ وهو الزعيم ـ وبه تعيّن أنّ المراد بالقضيّة هو التعهّد بالدين لا بالعين.

ب ـ إنّ قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، لا عموم له، ولا يدلّ على أنّه غارم في جميع الأحوال، كما يقول ابن قيّم الجوزية[٢]، فكما لا يفيد الاشتراك في الضمان لا يفيد نقله أيضاً. قال في الجواهر: إنّه لا عموم يقتضي شرعية الضمان على الوجه المزبور حتى قوله: «الزعيم غارم»[٣].

ويؤيده نصّ العامليّ: والحاصل أنّا قد نقول: إنّه لا دليل على كون الضمان مطلقاً ناقلاً، فإنّ الإجماع والخبر إنّما هما في غير الأعيان، ويشهد لذلك كلامهم

---

١. وقد أوضحناه في ضمان ما لم يجب أيضاً، وانظر شرح البلغة ٢: ٣٤٠.

٢. أعلام الموقّعين ٣: ٤١٢.

٣. جواهر الكلام ٤: ٤٠٩.

في ضمان العهد[١].

ج ـ إنّ الزعيم قد يراد به هو المتعهّد ابتداءً من دون أن يكون المال مسبوقاً بضمان، أو مسبوقاً به ولكن تعهّد الضامن كان تعهّداً ابتدائيّاً من دون ملاحظة المضمون عنه كما مرّ تصويره عن الشيخ حسين الحلّي[٢]، أو تعهّداً ابتدائيّاً بالمال على نحو الجعالة لشخص على عمل منه، كما في شرح البلغة[٣].

د ـ ويضاف للردّ على الأدلّة السابقة ـ وقد أوردت لإفادة النقل ـ أنّ مقتضى الأصل، وإبقاء ما كان على ما كان، هو عدم انتقالها.

٤ ـ إنّ المراد بضمان الأعيان هو وجوب ردّها، وهو أحد احتمالين، ذكرهما العامليّ بقوله: ولعلّهم أرادوا إمّا وجوب الردّ أو ضمان القيمة على تقدير التلف، كما نبّه عليه في المبسوط في آخر كلامه، إذ لا معنى لضمان العين بدونهما[٤].

وقد يقال: إنّ الردّ ليس بمال؟ ويجاب عنه: لا دليل على كون المضمون مالاًبل هو أعمّ منه ومن الحقّ، غير أنّ الحقّ قد يكون منتقلاً كما اختاره بحر العلوم، أو يتعهّد به الضامن بالإضافة إلى المضمون عنه؛ إذ ليس من خواصّ الضمان الانتقال، لذلك أفتى العلّامة الحلّيّ قائلاً: وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه[٥].

وأمّا دليل ضمان حقّ الردّ أو غيره سواء قلنا بالانتقال أم الاشتراك، فهو عموم أدلّة الضمان أو المفيدة للنقل منها، جاء في الجواهر ما نصّه: والأشبه عند المصنّف

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢.

٢. بحوث فقهية: ٢٨، وراجع هنا: ١٨٨.

٣. شرح البلغة ٢: ٣٤٢.

٤. مفتاح الكرامة ٥: ٣٧٢.

٥. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٢.

والفاضل في المحكيّ عن تحريرة وإرشاده ومحكيّ المبسوط الجواز؛ للعمومات، ولأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه[١].

٥ ـ المراد بضمان الأعيان هو ضمانها على تقدير التلف، أو في طول امتناع المضمون عنه عن الأداء، وقد صرّح به العامليّ في نصّ السابق، ولعلّه المراد لابن قدامة في تفسيره لضمان الأعيان بقوله: إنّها مضمونة على من هي في يده، فصحّ ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمّة. وقولهم: إنّ الأعيان لا تثبت في الذمّة، قلنا: الضمان في الحقيقة إنّما هو ضمان استنقاذها وردّها، والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصحّ ضمانه كعهدة المبيع، فإنّ ضمانها يصحّ وهو في الحقيقة التزام ردّ الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً[٢].

وأمّا دليله فالعمومات الدالّة على الوفاء بالعقود، ومنها عموم أدلّة الضمان، كقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٣].

وبعد أن تعرّفنا على صحّة ضمان الأعيان،وأنّ فيه محتملات أبرزها نقل حقّ ردّ العين ودفع بدلها إلى ذمّة الضامن، أو اشتراك الضامن والمضمون عنه في ضمان العين، أو أنّ الضامن يردّ العين ويؤدّي مثلها أو قيمتها عند امتناع المضمون عنه من ذلك.

يواجهنا سؤال: كيف يتمّ تصوير الضمان الإنشائيّ في الأعيان الخارجية على حدّ تصويره في الديون؟ مع أنّ الأعيان لا تقبل الثبوت في الذمم؟

وأيضاً لو لم نقل بالنقل في ضمان الأعيان فأيّ الأمرين من الاشتراك أو الأداء عند التعذّر متعيّن؟ وجواب ذلك يكشفه البحث القادم.

---

١. جواهر الكلام ٤: ٤٠٩.

٢. المغني ٤: ٤٨٤.

٣. المائدة: ١.

تعدّد الضمناء

اشتغال الذمم بمال واحد

إنّ الضمان قد يتعلّق بذمّة الضامن والمضمون عنه، فيحقّ للمضمون له مطالبة من شاء منهما. وهذا ـ كما يبدو ـ ينهي إلى القول باشتغال ذمم متعدّدة بمال واحد؟!

ومع وجاهة الاعتراض هذا، نرى أنّ من قال به في ضمان الديون لم يمانع من وقوعه في بعض الصور والأحوال، ومن موارده: ما لو غصب شخص عيناً، ثم غصبها منه غاصب وهكذا، فللمغصوب منه مطالبة أيّ واحد من الغاصبين. ومثله ما لو سلّم الفضوليّ المبيع إلى المشتري بلا إذن المالك، ثم باعه المشتري إلى مشترٍ ثانٍ.

ومثله أيضاً ما قاله ابن حمزة عن ضمان الاشتراك والانفراد معاً، وهو ضمان جماعة عن واحد بحيث يحقّ للمضمون له مطالبة من شاء منهم على الانفراد وعلى الاجتماع، كما نقله العامليّ وذكر عن الفقهاء أيضاً أنّهم قد جزموا به في باب الديات فيما إذا قال: ألق متاعك وعلى كل واحد منّا ضمانه، أو قال: إنّي وكلّاً من الركبان ضامن[1]. ومن أمثلته كذلك ضمان درك الثمن، فقد يطالب المشتريّ البائع بضامن يضمن الثمن لو ظهر المبيع مستحقّاً، فإذا ضمنه ضامن يكون الثمن في عهدة البائع لليد وفي عهدة الضامن بالاختيار. ومنه ما استقر به العلّامة الحلّي في ضمان الأعيان المضمونة[2]، إذ يحقّ للمضمون له مطالبة كلّ من الضامن والمضمون عنه.

وقد عنونت مسألة ضمان ذمم متعدّدة لمال واحد بمسألة «تعاقب الأيادي» وجنحت بقيّة الموارد إليها.

---

١. مفتاح الكرامة ٥: ٣٩٢.

٢. تذكرة الفقهاء ٢: ٩٢.

الضمان العرضيّ والطوليّ

ولإيضاح ما نحن بصدده من اشتغال الذمم بمال واحد نعيد السؤال: كيف يكون للواحد بدلان وهو ينطوي على تعدّد الواحد، لأنّ تدارك المال بتمامه من كلّ شخص مستقلاً يلزمه أن يكون الواحد اثنين وهذا مستحيل؟

وللإجابة على هذا السؤال فقد سلك الفقهاء لإمكانية اشتغال ذمم بمال واحد، أحد مسلكين: إمّا مسلك الواجب الكفائيّ وهو الضمان العرضي، أو مسلك الضمان الطوليّ، ولكلّ منهما دليل وبينهما مفارقات وآثار.

أوّلاً: الضمان العرضيّ

لقد صوّر بعض الفقهاء ضمان أشخاص لمال واحد بما يصوّر به الواجب الكفائيّ، فكما يكون المطلوب في الواجب الكفائيّ واحداً والمطلوب منه متعدّداً، كذلك فيما نحن فيه يكون المال واحداً والضمان متعدّداً، وهذا يعني أنّ ذمّة كل واحد من الضامنين تكون مشغولةً بالمال على نحو البدل، فإذا أدّاه أحدهم سقط عن بقيّة الذمم، لأنّ المال الواحد ليس له إلّا بدل واحد، وإن لم يؤدّه أحدهم كانت جميع الذمم مشغولةً به.

ومن أُولئك الفقهاء الشيخ الأنصاريّ في ضمان الأعيان في العوضين[١] وابن حجر في ضمان الديون[٢]، وممّا نقل البجنوردي في تصويره هو أنّ كل واحد من الشخصين مكلّف بالأداء في ظرف عدم أداء الآخر، ولا يقتضي امتثال التكليف إلّا أداءً واحداً، وليس هو تكليف بأداءين ليقال بامتناعه[٣].

---

١. مكاسب الشيخ الأنصاري ١: ١٤٨.

٢. تحفة المحتاج ٥: ٢٧١.

٣. القواعد الفقهية ٤: ٩٢.

مناقشة النائيني للضمان العرضي

وقد ناقش الميرزا النائينيّ الشيخ الأنصاريّ فيما تنظّر به من أمثلة، ومن أبرز ما ناقشه به هو الفرق بين الضمان والوجوب الكفائيّ، وانتهى إلى أنّ القول بذلك يوجب عدم ضمان كلّ واحد منهما، لا ضمان أحدهما على البدل[١].

ووجهة نظره أنّ إطلاق الوجوب في الواجب الكفائي بالنسبة إلى كلّ مكلّف مشروط بعدم إتيان غيره بالواجب لا مطلقاً، وهذا المعنى لا يصار إليه في باب الضمان، لاستلزامه عدم الضمان أخيراً على كلّ واحد من الضامنين، لأنّ ضمان كل واحد منهما يكون في ظرف عدم ضمان الآخر، ومرجعه إلى عدم ضمان الجميع، وبتعبير مقرّر بحثه: ضرورة أنّ تقييد ضمان كلّ بعدم ضمان الآخر موجب لعدم ضمان الجميع، كما لا يخفى[٢].

وبتعبير أوضح: أنّ مسؤولية كلّ مكلّف في الواجب الكفائيّ تتحقّق في الوقت الذي لم يأت به الغير. ولو أردنا تنظير الضمان بالواجب الكفائيّ لكان معناه عدم مسؤولية الضامنين، لأنّ ضمان كلّ واحد منهما مشروط تحقّقه بعدم ضمان الآخر. ونتيجة هذا عدم ضمانهما معاً، وهو خلاف دليل «على اليد» بل وخلاف الضرورة.

مناقشة الخوئيّ للنائيني

وانتصر الخوئيّ لضمان العرضي وناقش في ما ذهب إليه أُستاذه النائيني في البناء والمبنى.

أمّا المبنى، فإنّ الواجب الكفائيّ سنخ وجوب متعلّق بطبيعيّ المكلّف الذي يصدر منه الفعل، دون أن يتوجّه الأمر إلى أحد الأفراد دون غيره؛ لعدم الخصوصية،

---

١. تعليقة على المكاسب للآملي ٢: ٢٨٦.

٢. المصدر السابق ٢: ٢٨٩.

كما أنّ توجيه التكليف إلى جميع الأفراد على نحو الاستقلال بلا مصلحة وملاك. فإذا قام بالواجب واحد سقط عن الجميع، وإلّا استحقّوا جميعهم العقاب، وفي الضمان أيضاً نلتزم بضمان كفائيّ بأن يكون الضمان ثابتاً على الجامع، أعني طبيعيّ من استولى على المال الملغى عنه الخصوصيات الفردية، لعدم الفرق بين (كذا) هذه الجهة بين التكليفية والوضعية[1]. فكما يمكن أن يكون المملوك أو المالك كلّيين كصاع من صبرة ومالك الزكاة من الفقراء، كذلك يمكن أن يكون الضامن كلّياً.

وأمّا فساد البناء، فإنّ القيد في الوجوب الكفائيّ ـ لو سلّمناه ـ هو عدم إتيان الباقي بذات الواجب لا عدم الوجوب على الباقي، كذلك في الضمان يكون القيد لضمان كلّ واحد عدم خروج غيره عن عهدة المال لا عدم ضمانهم[2]. وإذن فلا مانع من ضمان أشخاص عديدة لمال واحد بنحو الواجب الكفائي، وإنما لم نلتزم به في ضمان ما في الذمم؛ لعدم الدليل بل لوجود الدليل على الخلاف، لا الاستحالة، وإن نسب إلى العلامة، نعم ضمان المديون والضامن معاً للمالك عرضاً بنحو الاستقلال ـ بأن يكون لماله الواحد بدلان أحدهما في ذمة المديون الآخر في ذمة الضامن ـ مستحيل بالمعنى الذي تقدّم؛ اذ ليس لمال واحد سوى البدل الواحد[3].

ثانياً: الضمان الطوليّ

ويراد به أن يكون الضامن اللاحق عند تعدّد الضمناء ضامناً لما في ذمّة السابق أو لما يؤدّيه.

فقد يغصب شخص مال آخر، ثم يغصبه منه غاصب ثانٍ وهكذا، فلصاحب المال

---

١. محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٤٦١.

٢. المصدر السابق.

٣. المصدر نفسه: ٤٦٢.

عندئذ مطالبة كلّ واحد من الغاصبين، وضمان كلّ غاصب منهم يكون بالبيان التالي:

إنّ ما وقع تحت اليد الأُولى ـ أي الغاصب الأول ـ هو نفس العين بصفاتها الخارجية، فيضمنها هذا الغاصب للمالك بتلك الصفات.

وأمّا اليد الثانية ـ أي الغاصب الثاني ـ فالواقع تحتها ـ إضافة إلى تلك الصفات ـ صفة اعتبارية أُخرى، وهي كونها في ذمّة الغاصب الأوّل، فهي ضامنة لضمانه وما استقرّ في ذمته[1]. وبذلك تكون اليد الثانية ضامنة لشخصين، أحدهما المالك بنفس العين، وثانيهما الغاصب الأوّل بالنسبة لخسارته، بمعنى أنّ اليد الثانية تتحمّل الخسارة في ظرف أخذ المالك الخسارة من اليد الأُولى.

وبما أنّ كل واحد من الغاصبين ضامن للعين ـ مع الصفة الاعتبارية أو بدونها ـ فيحق للمالك الرجوع إلى كل واحد من الغاصب الأول والثاني، وهكذا لو تعدد الغاصبون.

أما دليل الضمان في تعاقب الأيادي فهو قوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ونسبة الضمان الى كل من الضامن السابق واللاحق واحدة، ومن آثار ذلك جواز رجوع المالك الى كل واحد منهما، ومنه يفهم أن للعين ضماناً واحداً على البدل، فاذا استوفى المالك حقه من أحدهم فليس له أن يرجع الى الآخرين إذ لا موضوع لرجوعه بعد ذلك. ثم ان الغاصب الأول له أن يرجع الى الثاني إذا تحمل الخسارة، لأن ضمانه بمنزلة الموضوع لضمان اللاحق، فيكون ضمان اللاحق في طول ضمان سابقه، وهذا أثر الصفة الاعتبارية.

وذكر الآملي أن الضمان الطولي يتصور على قسمين[2]:

---

١. قواعد البجنوردي ١: ١٥١، تعليقة على المكاسب للآملي ٢: ٢٨٧.

٢. تعليقة على المكاسب ٢: ٢٨٩.

أولهما: لا يصح للمالك الرجوع على الضامن الأول في عرض رجوعه على الضامن الثاني، واذا أدى الثاني ما في ذمته صح له الرجوع إلى الأول.

ثانيهما: يصح للمالك أن يرجع الى الأول والثاني، فاذا رجع الى الأول منهما صح للأول أن يرجع إلى الثاني بما اغترمه، واذا رجع الى الثاني فليس لهذا الرجوع الى الأول ما لم يكن غاراً.

ومنشأ ذلك الاختلاف آت من سبب الضمان، وهو إما العقد أو الاتلاف أو تعاقب الأيادي. فكما يتصور تحقق ضمان واحد بكل واحد من هذه الاسباب ـ العقد والامر المعاملي، أو الاتلاف، أو اليد ـ يتصور كذلك تعدده، ويكون الكلام عنه وعن بعض آثاره بالشكل التالي:

الأوّل: ضمان العقد

ومثاله: لو استأجر شخص حمّالاً لحمل متاعه ـ كما هو الحال في الأمر المعاملي ـ يكون المستأجر ضامناً للأجرة، وهنا تحقّق ضمان واحد، وإذا التمس صاحب المتاع من شخص أن يضمن عنه أُجرة الحمّال فهنا يتعدّد الضمان، إذ أنّ صاحب المتاع ضامن للمسؤول ما يؤدّيه عنه، والمسؤول ضامن للحمّال دينه. وإذن فصاحب المتاع ضامن لما ضمنه الضامن.

وعليه فإذا كان الضمان بسبب العقد فيرجع الدائن أو المالك إلى الضامن فقط، وليس للضامن الرجوع إلى المضمون عنه إلّا بعد أداء ما في ذمّته[1]. ذلك أنّ الضامن في عقد الضمان تشغل ذمّته بالدين وتبرئ ذمّة المضمون عنه ـ كما هو رأي الإمامية والظاهرية ـ وعندئذ فليس للمضمون له الرجوع إلى المضمون عنه، وبتأدية الضامن الدين لمالكه تشغل ذمّة المضمون عنه بما أدّاه الضامن.

---

١. وقد نقلوا عن العلّامة الحلّيّ جواز رجوع الضامن إلى المضمون عنه قبل التأدية.

ثم إنّ الضمان العقديّ قد يكون بالنسبة لضمان الأعيان أو الديون بالذات فيما يراه مالك وابن قيّم الجوزية، ينعكس فيه الأمر، فليس للمالك الرجوع على الضامن إلّا بعد التعذّر من استيفاء حقّه من المضمون عنه، وإذن فليس في هذا الضمان إشغال ذمّتين بمال واحد في آنٍ واحد، بل إنّ ذمة المضمون عنه وحدها هي المشغولة بالفعل للدائن، وعند تعذّر استيفاء الدائن حقّه منه تنشغل ذمّة الضامن بقيمة المضمون، فيكون ظرف مطالبة الضامن وأدائه لمثل المضمون أو قيمته إنّما هو عند التلف أو التعذّر. وقد قلنا عند الكلام عن ضمان الدين[1] أنه لا مانع منه إذا أبرم المتعاقدان العقد على هذا النحو من الضمان وإلّا فضمان الدين يبرئ ذمّة المضمون عنه ويشغل ذمّة الضامن عند الإطلاق.

الثاني: ضمان الإتلاف

إذا أتلف المغرور مال أحد فهو ضامن لمالكه، والغارّ ضامن للمتلف بتغريره إيّاه، ولا تشغل ذمّة الغارّ إلّا بعد تأدية المغرور ما يغترمه للمالك وعندئذ فله أن يرجع إلى الغارّ.

الثالث: ضمان اليد

إذا كان الضمان بسبب اليد فيجوز للمالك الرجوع إلى الضامن اللاحق والسابق على السواء، فإذا استوفى حقّه من اللاحق لم يبق لأحد على أحد من ضمان، وإذا رجع إلى السابق فللسابق ـ إذا لم يكن غارّاً ـ أن يرجع إلى اللاحق بما اغترمه.

فقد ذكروا ـ كما تقدّم ـ أنّ لليد الثانية ضمانين، أحدهما للمالك بنفس العين، وثانيهما لصاحب اليد الأولى عند خسارته، فضمانه للأيدي المتقدّمة ليس هو ضماناً لنفس المال حتى يلزم ضمانه للمال الواحد مرّات ـ للمالك ولكلّ من تقدّمه

---

١. راجع: ٢٧١.

ـ بل إنّ ضمانه لغير المالك هو ضمان لخسارته وهو متأخّر عنه، لأنّ ضمان ضمان الشيء ليس في عرضه، فتعدّد الضمان هنا ليس في عرض واحد ولا في زمان واحد، بل هو ضمان طوليّ؛ لأنّ الضمان اللاحق لا يتحقّق إلّا بعد تحقّق الضمان السابق، فهو متأخّر عنه. وعليه فلم يقع الضمانان في زمان واحد، بل أحدهما فعلي والآخر مترتّب على خسارة الغاصب الأوّل.

إيراد

ومع جودة التصوير المذكور يبدو أنّ الإشكال لا يزال قائماً من جهة أُخرى، ذلك أنّ معنى الضمان هو التعهّد بالشيء، والتصوير السابق يعني تعهّد الضامن الثاني بالمضمون واستقراره بذمّته للمالك كما هو مستقرّ في ذمّة الضامن الأوّل، لذا جاز للمالك أن يأخذ حقّه من أيّ الضامنين لدليل «على اليد»، ومنه يظهر أنّ للمال الواحد وجودين اعتباريين، وهو نفس تعدّد الشيء الواحد.

وبتعبير آخر: إنّ المحتمل في ضمان الضامن الثاني أُمور هي:

١ ـ أنّ يكون اللاحق ضامناً لضمان السابق، ولا يتحقّق ضمانه إلّا بعد خسارة السابق فهو متأخّر عنه، كما مرّ بيانه.

ويرد على هذا الرأي أنّ لازمه عدم رجوع المالك على الضامن الثاني؛ لأنّه ليس ضامناً له، وإنّما هو ضامن لضمان الأوّل، وذلك يتنافى واستدلالهم بحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[1] من جواز رجوع المالك إلى كلّ واحد منهما.

٢ ـ إنّ الضامن الثاني ضامن للمالك عمّا في ذمّة الضامن الأوّل، سواء أكانت فعلية الخسارة بعد امتناع الضامن الأوّل عن الأداء، أم أنّ للمالك الحقّ في الرجوع على أيّهما شاء.

---

١. مستدرك الوسائل ١٤: ٧ و١٧: ٨٨.

وهنا نقول: إنّ هذا الضمان وإن كان صحيحاً لكنّه ليس موضع البحث، لأنّه من قبيل ضمان الديون فمجاله عقديّ، لذا فإنّ ظرف فعلية الأداء أو الرجوع لأيّ الضامنين إنما هو تابع لمضمون العقد المبرم بين المالك والضامن الثاني، بينما الكلام متّجه في ضمان الغاصب الثاني من غير عقد في البين.

٣ ـ إنّ المقصود من ضمان الثاني هو ضمان العين المضمونة بذمّة الأوّل، وإنما جاز رجوع المالك إلى الضامن الثاني لدليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

ويرد عليه أنّ محذور تعدّد المال الواحد لا يزال قائماً، لأنّ ضمان الثاني للعين لاستقرارها في يده، لذا جاز رجوع المالك إليه، ومن ثم استدلّوا عليه بحديث «على اليد» وعلّلوه بأنّ نسبة الضمان إلى الضامن اللاحق والسابق واحدة.

فروع فقهية

ذكر الفقهاء فروعاً مترتّبة على القول بالضمان الطولي، نلخّص بعضها ونشير إلى أهمّ الوجوه فيها. ومن تلك الفروع ما يأتي:

١ ـ يجوز للمالك الرجوع إلى كلّ من الضمناء إذا كان سبب الضمان هو اليد، وليس له الرجوع على المضمون عنه أو الغارّ فيما إذا كان سبب الضمان هو العقد أو الإتلاف.

وهذا الفرع وإن كانت نتيجته كالضمان العرضيّ، إلّا أنه يختلف عنه في التكييف الفقهي، وقد اتّضح الوجه في ذلك مما تقدّم.

٢ ـ إذا استوفى المالك حقّه من أحد الضامنين، فليس له الرجوع إلى شخص آخر منهم، لبراءة ذمم الجميع، وذلك لوحدة الحقّ وقد استوفاه.

٣ ـ إذا أدّى الضامن السابق ما في ذمّته إلى المالك، فيجوز له الرجوع إلى اللاحق ما لم يكن غارّاً له، وذلك لما ذكرناه من جهة أنّ اللاحق ضامن لضمان السابق، أي ضامن لما يخسره السابق للمالك.

٤ ـ إذا أبرأ المالك ذمة أحد الغاصبين، فهل يختص الإبراء به، أو يشمل جميع الضمناء، أو يفصّل بين السابق عليه فلا يسقط عنهم وبين اللاحق عنه فيسقط عنهم، أو العكس؟ وجوه.

ذهب البجنوردي إلى أن الأقوى منها هو سقوطه عن ذمم الجميع وقال: أما سقوطه عن اللاحق فلما ذكرنا أن اللاحق ضامن لضمان السابق، فإذا سقط ضمان السابق فلا يبقى موضوع لضمان اللاحق وذلك واضح جداً. وأما سقوط السابق فلأن إبراءه للّاحق بمنزلة استيفاء حقه منه، وحيث إنّ الحق واحد فلا يبقى للضمان موضوع بالنسبة إلى السابق أيضاً[١].

٥ ـ لو وهب المالك أو صالح أحد الضمناء فليس له الرجوع إلى السابقين عليه واللاحقين عنه، لذهاب حقه بالهبة أو الصلح كما هو الحال في صورة الإبراء، وهذا واضح. غير أنّ الكلام في حكم المتّهب له أو المتصالح معه بالنسبة إلى بقية الضمناء، فهل له الرجوع إليهم أو لا يصحّ منه ذلك؟

يبتني الجواب عن المسألة على القول بأن المتصالح معه أو المتّهب له، إن كان قد حلّ بمحلّ المالك ـ كما لو كان أجنبياً وملك المغصوب بالمصالحة أو الهبة ـ فعندئذ تكون جميع الذمم مشغولةً له بالمال على حالها ويحق له الرجوع على أيّة ذمة شاء منها.

وإذا قلنا: إنّ المتصالح معه أو المتّهب له وإن كان ملك المال بالمصالحة أو الهبة إلّا أن نتيجة ذلك التمليك هو إسقاط ما في ذمته وإبراؤه، فكأن المالك أعدم ماله بالمصالحة أو الهبة ولم يبق له مال ليطالب به أحدهم، ونتيجة ذلك إبراء جميع الذمم.

---

١. القواعد الفقهية ٤: ٩٦.

الرأي المختار في ضمان الأعيان المضمونة

قد رأينا أن المحتمل من ضمان الأعيان المضمونة هو:

أ ـ الضمان الابتدائي.

ب ـ نقل الحق إلى ذمة الضامن فهو المسؤول عن أخذ العين من المضمون عنه وردها لمالكها أو أداء مثلها أو قيمتها.

ج ـ أداء الضامن لبدل العين على تقدير التلف وامتناع المضمون عنه عن الأداء.

د ـ اشتراك الذمّتين بالحق، فيجب على الضامن والمضمون عنه معاً ردّ العين وعوضها بعد التلف، كما هو الشأن في الغاصبين المتعدّدين، ومن ثُم يجوز للمضمون له مطالبتهما على نحو التخيير.

وقد رأينا عند عرض أدلة القائلين بصحة ضمان الأعيان وما نوقشت به أو ناقشناها به، أنها قوية الدلالة على الصحة، ولكنها لم تثبت انحصار الضمان بواحد من تلك المحتملات.

لذا كان المستفاد من مجموع ما صح لدينا من أدلة الأطراف في ضمان الأعيان مما لم نناقش في دلالته أنها صحيحة، وليس في القول بصحة أحدها ما يوجب بطلان أدلة بقية الأطراف، لاختلاف الجهة المسوقة إليها تلك الأدلة.

ومن هنا يبدو أن كلّا من تلك المحتملات ممكن وتابع لقصد المتعاقدين عند إنشائهما العقد، فلو فرض أن الضامن أنشأ الضمان على نحو يحق للمضمون له مطالبته بالإضافة إلى المضمون عنه على نحو التخيير وقبل المضمون له ذلك، فتشمله أدلته المصحّحة له، وكذا الحال لو فرض أن الضامن تعهّد بدفع المثل أو القيمة عند تعذّر استيفاء الحق من المدين وقبل المضمون له ذلك فيكون مشمولاً بأدلته المصحّحة كذلك.

وعليه فليس الضمان ناقلاً في كل حالاته، ولا هو على نحو الاشتراك أو

الأداء عند الامتناع عنه، بل إنّ تصوير كل واحد من المحتملات السابقة ممكن، ولا يتعيّن إلّا بقصد المتعاقدين عند إبرام العقد، وعندئذ تشمله العمومات الدالة على الوفاء بالعقود.

نعم، في حالة عدم تحقق عقد في البين كما هو الحال في الغاصبين، فالمالك مخيّر في الرجوع على أيهم شاء لتعلّق ذممهم بماله على نحو البدل، كما أنّ اللاحق ضامن لما يؤدّي السابق، أما المغرور فضامن للمالك والغارّ ضامن لما يؤدّيه المغرور.

المبحث الثاني

ضمان الأعيان غير المضمونة بالأصل

المعروف بين الفقهاء عن الأعيان التي قالوا: إنها غير مضمونة بالأصل عدم صحة ضمانها بالضمان الرباعي الأركان، كضمان العين المستأجرة عن المستأجر وأموال المضاربة عن العامل وهكذا. فالقول بأن الأمين مثلاً لا يضمن يعني أيضاً وبالتبع عدم إمكان ضمان العين بملاحظته وعنه. أما إذا أمكن القول بصحة ضمانه بالشرط أو إن تعدّى أو فرّط، فإنّ ذلك يعني إمكان الضمان عنه، لأن التعليل بأن الأمانة غير مضمونة منتفٍ في مثل هذه الموارد ـ أي الشرط أو التعدّي والتفريط ـ فيصحّ عندئذ ضمانها.

قال الطباطبائي: وأما ضمان الأعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدٍّ أو تفريط، فلا خلاف بينهم في عدم صحته. والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً[1]، كما أن ظاهر كلام أحمد صحة ضمان الأمانات عند التعدّي.

قال محمد بن عبد الوهاب: ولا يصحّ ضمان الأمانات كالوديعة، والعين المؤجرة، والشركة، والمضاربة، والعين المدفوعة إلى الخياط لأنها غير مضمونة على صاحب

---

١. العروة الوثقى: ٦٧٤.

اليد، وإن ضمن التعدّي فيها فظاهر كلام أحمد صحة ضمانها[١].

وعلى ضوء ما قدمناه من صحة ضمان تلك الأعيان بالشرط أو التعدي والتفريط، يرتّب الحكم على جواز ضمانها من قبل الأجنبي، فتكون رباعية الأركان، أما إذا لم تنته إلى صحة ضمانها على من هي بيده بمثل الشرط فلا يصحّ أن يضمنها عنه أجنبي.

---

١. مختصر الإنصاف والشرح الكبير: ٣٤٤.

مصادر الكتاب

١ ـ القرآن الكريم

٢ ـ الاختيار لتعليل المختار: الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٧٠ هـ .

٣ ـ إدرار الشروق على أنوار الفروق: ابن الشاط، سراج الدين أبو القاسم قاسم ابن عبد الله الأنصاري.

٤ ـ إرشاد الفحول: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٧ هـ .

٥ ـ الإقناع: الحجاوي، شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد المقدّسي. المطبوع مع كشاف القناع، الناشر مكتبة النصر الحديثة.

٦ ـ الالتزامات والعقود في الشريعة الإسلامية: حامد مصطفى، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٤٣ ـ ١٩٤٤م.

٧ ـ أحكام القرآن: ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، الطبعة الأُولى، ١٣٦٧ هـ .

٨ ـ أحكام القرآن: الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، مطبعة الأوقاف الإسلامية ١٣٣٥ هـ .

٩ ـ أحكام المعاملات الشرعية: الخفيف، الشيخ علي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ط ٣، ١٣٦٦هـ.

١٠ ـ الإحكام في أُصول الأحكام: الآمدي، الشيخ أبو الحسن علي بن محمد، دار الاتّحاد العربي للطباعة، ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٧م.

١١ ـ أساس البلاغة: الزمخشري، محمود بن عمر، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ١٣٤١ ـ ١٩٢٣.

١٢ ـ الأشباه والنظائر: ابن نجيم، الشيخ زين العابدين بن إبراهيم، مطابع سجلّ العرب، ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٨م.

١٣ ـ الأشباه والنظائر: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر، مطبعة مصطفى محمد، بمصر، ١٣٥٩ هـ.

١٤ ـ أصول التشريع الإسلامي: علي حسب الله، مطبعة دار المعارف بمصر، الطبعة الثالثة.

١٥ ـ أصول السرخسي: السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٣٧٢ هـ.

١٦ ـ الأصول العامة للفقه المقارن: الحكيم، السيد محمد تقي، مطابع دار الأندلس، بيروت، ١٩٦٣م.

١٧ ـ أصول الفقه: الخضري، الشيخ محمد، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٨٥ هـ.

١٨ ـ أصول الفقه الإسلامي: الحنبلي شاكر، مطبعة الجامعة السورية، ١٣٦٨ هـ ـ ١٩٤٨م.

١٩ ـ أعلام الموقّعين عن رب العالمين: ابن قيّم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأُولى، ١٣٧٤ هـ ـ ١٩٥٥م.

٢٠ ـ الأُمّ: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، شركة الطباعة الفنية المتّحدة، الطبعة الأُولى، ١٣٨١ هـ ـ ١٩٦١م.

٢١ ـ البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: المهدي لدين الله، أحمد بن يحيى بن المرتضى، الطبعة الأُولى، مطبعة السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ.

٢٢ ـ بحوث فقهية: بحر العلوم، عز الدين، من محاضرات الشيخ حسين الحلي، مطبعة الآداب في النجف، ١٣٨٤ هـ ـ ١٩٦٤م.

٢٣ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني، أبو بكر بن مسعود، مطبعة الجمالية بمصر، ط ١، ١٣٢٨ هـ ـ ١٩١٠ هـ.

٢٤ ـ بداية المبتدى: المرغيناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر، المطبوع مع الهداية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٨٤ هـ.

٢٥ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد، الشيخ أبو الوليد محمد ابن أحمد القرطبي، مطبعة الاستقامة بالقاهرة.

٢٦ ـ بلغة الفقيه: بحر العلوم، السيد محمد بن محمد تقي. مطبعة الآداب ـ النجف.

٢٧ ـ بلوغ المرام: ابن حجر، أحمد بن علي الشافعي العسقلاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٣٧٩ هـ ـ ١٩٦٠م.

٢٨ ـ البنك اللاربوي في الإسلام: الصدر، السيد محمد باقر، المطبعة العصرية، الكويت.

٢٩ ـ تاج العروس: الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، المطبعة الخيرية بمصر، ١٣٠٦ هـ

٣٠ ـ التاج والإكيل لمختصر خليل: المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري، المطبوع مع مواهب الجليل، مطابع دار الكتاب اللبناني.

٣١ ـ التأمين في الفقه الإسلامي: الدوري، قحطان، رسالة ماجستير، مطبوعة بالآلة الكاتبة.

٣٢ ـ التبيان: الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن. المطبعة ـ إسلامية ـ بطهران.

٣٣ ـ تحرير المجلة: كاشف الغطاء، الشيخ محمد الحسين، المطبعة الحيدرية، ١٣٥٩ هـ.

٣٤ ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج: ابن حجر، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، المطبوع مع حواشي الشرواني والعبادي، دار صادر.

٣٥ ـ تذكرة الفقهاء: العلامة الحلي، أبو منصور الحسين بن يوسف بن المطهر، منشورات المكتبة المرتضوية، طبع بطهران بالأُوفست ١٣٨٨.

٣٦ ـ التشريع الجنائي الإسلامي: عبد القادر عودة، مطبعة المدني، بالقاهرة.

٣٧ ـ تعليقة على المكاسب: الآملي، الشيخ محمد تقي، تقريراً لبحث الشيخ محمد حسين النائيني، مطبعة الحيدري بطهران ١٣٧٣ هـ.

٣٨ ـ تفسير الجلالين: المحلي بالآثار، جلال الدين محمد بن أحمد والسيوطي جلال الدين عبد الرحمان ابن أبي بكر، المطبعة الهاشمية بدمشق ١٣٦٩ هـ.

٣٩ـ تفسير القرآن العظيم: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل القرشي، مطبعة الاستقامة ١٩٥٦م.

٤٠ـ التفسير الكبير: الرازي، فخر الدين محمد، المطبعة البهية، الطبعة الأُولى، ١٣٥٧هـ.

٤١ـ تفسير النسفي: النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد ـ دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٤٢ـ التكملة الثانية ـ المجموع شرح المهذب ـ: المطيعي، محمد نجيب، مطبعة الإمام بمصر.

٤٣ـ تهذيب الأحكام: الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن، مطبعة النعمان ـ النجف.

٤٤ـ تهذيب التوضيح: المراغي، أحمد مصطفى ومحمد سالم علي، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، ط٢، ١٣٤٠هـ ـ ١٩٢١م.

٤٥ـ تهذيب الفروق والقواعد السنية: الشيخ محمد علي الشيخ حسين. المطبوع بهامش الفروق.

٤٦ـ الجامع الصغير بشرح المناوي: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان ابن أبي بكر، الطبعة الرابعة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٩٥٤م.

٤٧ـ جامع الفصولين: ابن قاضي سماونة، بدر الدين محمود بن إسماعيل، الطبعة الأولى ١٣٠٠هـ.

٤٨ـ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: الشيخ محمد حسن الشيخ باقر النجفي مطبعة السيد المرتضى ١٣١٢هـ.

٤٩ـ حاشية الدسوقي: الدسوقي، محمد عرفة، منشورات المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

٥٠ـ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: الشرواني، الشيخ عبد الحميد، دار صادر.

٥١ـ حاشية العبادي على تحفة المحتاج: العبادي، الشيخ أحمد بن قاسم، دار صادر.

٥٢ـ حاشية اليزدي على المكاسب: اليزدي، السيد محمد كاظم بن عبد العظيم الطباطبائي، الطبعة الحجرية بإيران.

٥٣ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: الدريني، فتحي، دار الفكر، بيروت.

٥٤ـ الخلاف: الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن، مطبعة الحكمة، قم ١٣٧٠هـ.

٥٥ـ درر الحكّام شرح مجلّة الأحكام: علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني منشورات مكتبة النهضة، بيروت بغداد.

٥٦ ـ درر الحكّام في شرح غرر الأحكام: القاضي ملاخسرو، الشركة الصحافية العثمانية ١٣١٠هـ.

٥٧ ـ دليل الطالب لنيل المطالب: المقدسي، الشيخ مرعي بن يوسف، المطبعة الحيدرية، بمبئي، ١٣٠٧هـ.

٥٨ ـ رحمة الأُمة في اختلاف الأئمة: الدمشقي، الشيخ محمد بن عبد الرحمان، المطبعة الشرقية، الطبعة الثانية، ١٣١٨هـ.

٥٩ ـ ردّ المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، الشيخ محمد أمين، المطبعة الميمنية بمصر، ١٣٠٧هـ.

٦٠ ـ الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير: شرف الدين، الحسين بن أحمد الصنعاني، مطبعة السعادة بمصر ١٣٤٧.

٦١ ـ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: الشهيد الثاني، زين الدين بن علي بن أحمد الشامي العاملي، مطبعة الحاج إبراهيم، ١٣١٠هـ.

٦٢ ـ رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل: الطباطبائي، السيد علي بن محمد علي مطبعة أحمد آقا بطهران، ١٣٠٨هـ.

٦٣ ـ سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي: الدكتور جمال الدين محمد محمود، دار الاتّحاد العربي، الطبعة الأُولى.

٦٤ ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام: الأمير، السيد محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٠م.

٦٥ ـ سنن ابن ماجة: ابن ماجة، الحافظ أبو عبد الله محمد ابن يزيد القزويني، دار إحياء الكتب العربية، ١٣٧٣هـ.

٦٦ ـ سنن الدارقطني: الدارقطني، علي بن عمر، دار المحاسن للطباعة بالقاهرة، ١٣٨٦هـ.

٦٧ ـ سنن النسائي: النسائي، الحافظ أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، المطبعة المصرية بالأزهر.

٦٨ـ شرائع الإسلام: المحقّق الحلّي، الشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلّي، مطبعة الحاج إبراهيم.

٦٩ـ شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك: العقيلي، بهاء الدين عبد الله بن عقيل الهمداني، مطبعة الاستقامة، ط ٤، ١٣٦٤هـ ـ ١٩٤٥م.

٧٠ـ شرح الأزهار: أبو الحسن عبد الله بن مفتاح، الطبعة الثانية مطبعة حجازي بالقاهرة.

٧١ـ شرح التلويح على التوضيح: التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، مطبعة محمد علي صبيح بمصر، ١٣٧٧هـ.

٧٢ـ شرح المجلّة: منير القاضي، مطبعة العاني.

٧٣ـ شرح ألفية ابن مالك: بدر الدين، محمد بن جمال الدين محمد بن مالك، مطبعة القديس جاور جيوس بيروت، ١٣١٢.

٧٤ـ شرح بلغة الفقيه: بحر العلوم، السيد محمد تقي، مطبعة الآداب، النجف.

٧٥ـ صحيح البخاري: البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل مطبعة دار إحياء الكتب العربية.

٧٦ـ صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: الترمذي، أبو عيسى، المطبعة المصرية بالأزهر. الطبعة الأولى ١٣٥٠هـ.

٧٧ـ صحيح مسلم: القشيري، مسلم بن الحجاج بن مسلم، مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر.

٧٨ـ العروة الوثقى: اليزدي، السيد محمد كاظم بن عبد العظيم المطبعة الإسلامية بطهران، ١٣٧٣هـ.

٧٩ـ الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي: الدكتور الصديق محمد الأمين، الضرير، الطبعة الأولى، ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٧م.

٨٠ـ الفتاوى الانقروية: الأنقروي، محمد بن الحسن، المطبعة المصرية ببولاق، مصر، القاهرة ١٢٨١هـ.

٨١ـ الفتاوى العالمكيرية (الفتاوى الهندية): لجماعة من العلماء، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر، ١٣١٠هـ.

٨٢ـ الفتاوى الكبرى: ابن حجر، أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين الهيتمي، ملتزم الطبع عبد الحميد أحمد حنفي مصر.

٨٣ـ فتاوى شرعية وبحوث إسلامية: حسنين محمد مخلوف، مطبعة مصطفى البابي بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٥هـ.

٨٤ـ الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني: الساعاتي، أحمد بن عبد الرحمان البنّاء الطبعة الأُولى، ١٣٧٧هـ.

٨٥ـ الفروق: القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، مطبعة دار إحياء الكتب العربية طبعة أُولى، ١٣٤٤هـ.

٨٦ـ الفروق اللغوية: العسكري، أبو هلال الحسن بن عبد الله، عنيت بنشره مكتبة القدسي، ١٣٥٣.

٨٧ـ فقه الإمام جعفر الصادق: مغنية محمد جواد، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأُولى، ١٩٦٥م.

٨٨ـ الفقه على المذاهب الأربعة: الجزيري، عبد الرحمان، طبعة ١٩٦٩م.

٨٩ـ القاموس المحيط: الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب.

٩٠ـ قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام: العلّامة الحلّي، أبو منصور الحسن بن يوسف المطبوع مع مفتاح الكرامة.

٩١ـ القواعد الفقهية: البجنوردي، السيد ميرزا حسن الموسوي، مطبعة الآداب في النجف الأشرف، ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م.

٩٢ـ قواعد الفقيه: آل الفقيه، الشيخ محمد تقي، مطبعة صور لبنان، ١٣٨٢هـ ـ ١٩٦٣م.

٩٣ـ القواعد في الفقه الإسلامي: ابن رجب الحافظ، أبو الفرج عبد الرحمان، الطبعة الأُولى، ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م.

٩٤ـ كشّاف القناع عن متن الإقناع: البهوتي، منصور بن يونس، الناشر مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

٩٥ ـ كشف الحقائق عن الفقه الجعفري: الآملي ميرزا هاشم، مطبعة النجف، النجف، ١٣٨٠ هـ.

٩٦ ـ لسان العرب: ابن منظور، محمدبن مكرم الأفريقي، طبع دارصادر، ١٣٧٤ هـ.

٩٧ ـ اللمعة الدمشقية: الشهيد الأول، أبو عبد الله محمد بن مكي، مطبعة الحاج إبـراهـيم بـإيران، ١٣١٠ هـ.

٩٨ ـ مباحث الحكم عند الأُصوليين: محمد سلام مدكور، المطبعة العـالمية بـالقاهرة، ١٣٨٤ هـ ـ ١٩٦٤م.

٩٩ ـ مبادئ التأمين: و. أ. د نسديل، ترجمة أحمد فؤاد الأنصاري، مطابع سجلّ العرب، ١٩٦٥م.

١٠٠ ـ المبسوط: السرخسي، شمس الدين، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى.

١٠١ ـ المبسوط: الطوسي، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن، مطبعة حيدري، طهران.

١٠٢ ـ متلقى الأبحر: الحلبي، إبراهيم بن محمد، المطبوع مع مجمع الأنهر.

١٠٣ ـ متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار: أحمد بن يحيى المرتضى، الناشر مكتبة المؤيد ١٣٨٦ هـ.

١٠٤ ـ مجلّة الأحكام العدلية: جماعة من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا.

١٠٥ ـ مجلّة المحاماة: نقابة المحامين الأهلية، السنة الخامسة، العدد ٥ و٦. المطبعة العصرية.

١٠٦ ـ مجلّة رسالة الإسلام: تصدرها كلية أُصول الدين ببغداد، السنة الخامسة، العدد ٣و ٤.

١٠٧ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: داماد افندي، عبد الله بن الشيخ محمد، الناشر شركت صحافية عثمانية، ١٣١٩.

١٠٨ ـ مجمع البحرين: الطريحي، فخر الدين محمد علي، طبع طهران، ١٢٩٨.

١٠٩ ـ مجمع البيان في تفسير القرآن: الطبرسي، أبو علي الفضل بن الحسن، مطبعة العرفان بصيدا، ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٥٧ م.

١١٠ ـ محاضرات في الفقه الجعفري: الشاهرودي، السيد علي، تقريراً لبحث السيد الخوئي، مطبعة الآداب بالنجف، ١٣٨٤ هـ.

١١١ ـ المحلّى بالآثار: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي الظاهري، المكتب التـجاري للطباعة والنشر ـ بيروت، لبنان.

١١٢ـ المختار: الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، المطبوع مع الاختيار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٧٠ هـ.

١١٣ ـ مختصر الإنصاف والشرح الكبير: اختصرهما: محمد بن عبد الوهاب، المطبعة السلفية.

١١٤ـ مختصر الخرقي: الخرقي، أبو القاسم عمر بن حسين. المطبوع مع المغني بمطبعة الإمام. بمصر.

١١٥ ـ مختصر المزني: المزني، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى، المطبوع مع الأُمّ، شركة الطباعة الفنية المتّحدة.

١١٦ ـ المختصر النافع: المحقّق الحلّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المطبوع مع رياض المسائل.

١١٧ ـ مختصر خليل: الشيخ خليل بن إسحاق، المطبوع مع مواهب الجليل.

١١٨ ـ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: الدكتور عبد الكريم زيدان، مطبعة العاني، ١٣٨٢ هـ.

١١٩ ـ المدخل للفقه الإسلامي: محمد سلام مدكور، المطبعة العالمية بالقاهرة ١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٣م.

١٢٠ ـ مسالك الأفهام في شرح شرائع الإسلام: الشهيد الثاني، زين الدين أحمد العاملي، المطبعة الحجرية.

١٢١ ـ مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل: النوري، الحاج ميرزا محمد حسين الطبري، مطبعة دار الخلافة بطهران ١٣٢١ هـ.

١٢٢ ـ المستصفى: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ١٣٥٦ هـ ـ ١٩٣٧م.

١٢٣ ـ مستمسك العروة الوثقى: الحكيم، السيد محسن الطباطبائي، مطبعة الآداب، ١٣٩١ هـ.

١٢٤ ـ مسلّم الثبوت: البهاري، محب الله عبد الشكور، المطبعة الحسينية المصرية.

١٢٥ ـ مسند ابن حنبل: ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد (وبهامشه منتخب كنز العمال).

١٢٦ ـ مسند الشافعي: الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس المطبوع مع الأُمّ.

١٢٧ ـ مصابيح السنّة: البغوي، الحسين بن مسعود الشافعي مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر.

١٢٨ ـ مصادر الحق: السنهوري، الدكتور عبد الرزاق.

١٢٩ ـ مصباح الفقاهة في المعاملات: التوحيدي، محمد علي، تقريراً لبحث السيد الخوئي، ج ٢ المطبعة الحيدرية، ج ٣ مطبعة الآداب، النجف.

١٣٠ ـ المغني: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد. مطبعة الإمام بمصر.

١٣١ ـ مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة: العاملي، السيد محمد جواد بن محمد الحسيني، ج ٤ المطبعة الرضوية بمصر ١٣٢٣ هـ ـ ج ٥ مطبعة الشورى بالفجالة ـ ج ٦ المطبعة الوطنية العلوية بدمشق ـ ج ١٠ مطبعة رنكين بطهران، ١٣٧٧.

١٣٢ ـ مقتنيات الدرر: الحائري، الحاج مير سيد علي الطهراني مطبعة الحيدري بطهران، ١٣٢٧هـ. ش.

١٣٣ ـ المكاسب: الأنصاري، الشيخ مرتضى، مطبعة اطّلاعات بتبريز، إيران، ١٣٧٢ هـ.

١٣٤ ـ مناهج الهداية في مباحث الإجارة: العلمائي، الشيخ أبو الفضل. تقريراً لبحث السيد محمد كاظم شريعتمداري، مطبعة الحكمة، قم، ١٣٨٨.

١٣٥ ـ منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار: ابن تيمية، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله، المطبوع مع نيل الأوطار.

١٣٦ ـ منتهى الأصول: البجنوردي، السيد حسن الموسوي. ج ١ مطبعة النجف، ١٣٧٩هـ ـ ج ٢، مطبعة الآداب ١٣٨٨ هـ.

١٣٧ ـ المنطق: المظفر، الشيخ محمد رضا. مطبعة الزهراء بغداد ١٣٧٧ ـ ١٩٥٧.

١٣٨ ـ من لا يحضره الفقيه: الصدوق، أبو جعفر محمد بن علي بن بابويه القمي، مطبعة النجف. الطبعة الرابعة، ١٣٧٨ هـ.

١٣٩ ـ المنهاج: النووي، أبو زكريا يحيى، دار صادر، مطبعة الميمنية بمصر، ١٣١٥ هـ.

١٤٠ ـ الموافقات: الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، مطبعة المكتبة التجارية بمصر.

١٤١ ـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل: الحطّاب، أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي، مطابع دار الكتاب اللبناني بيروت، لبنان.

١٤٢ ـ المواهب السنية على الفرائد البهية: الجرهزي، عبد الله بن سليمان، المطبوع مع الأشباه والنظائر.

١٤٣ ـ موطّأ الإمام مالك: الأصبحي، أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، والمطبوع معه تنوير الحوالك.

١٤٤ ـ المهذب: الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المطبوع مع المجموع، مطبعة العاصمة، القاهرة.

١٤٥ ـ الميزان: الشعراني، سيدي عبد الوهاب، المطبعة العامرة الشرفية، الطبعة الثانية، ١٣١٨هـ.

١٤٦ ـ النظرية العامة للموجبات والعقود: المحمصاني صبحي، الطبعة الثانية بيروت، ١٩٧٢م.

١٤٧ ـ نظرية العقد في الفقه الجعفري: الحسني، هاشم معروف، مطابع دار الغد.

١٤٨ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد، شركة ومكتبة مصطفى البابي ١٣٥٧.

١٤٩ ـ نيل الأوطار: الشوكاني، محمد بن علي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الثانية ١٣٧١هـ ـ ١٩٥٢م.

١٥٠ ـ الوجيز: محيي الدين علي بن الحسين، مطبعة الزهراء.

١٥١ ـ وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة: الحرّ العاملي، الشيخ محمد بن الحسن دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان.

١٥٢ ـ الوسيط: السنهوري، عبد الرزاق أحمد، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٤م.

١٥٣ ـ هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: الشهيدي، الحاج ميرزا فتاح، المطبوع مع المكاسب بإيران، تبريز ١٣٧٢هـ.

١٥٤ ـ الهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني، الشيخ أبو الحسن علي بن أبي بكر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٨٤هـ ـ ١٩٦٥م.

فهرس الموضوعات

المدخل

الباب الأول
أسباب الضمان وأدلّتها

القسم الأوّل
قاعدة «علىٰ اليد»

القسم الثاني
قاعدة «الإتلاف»

الباب الثاني
مجالات الضمان في العقود

القسم الأوّل
مجالات الضمان في العقود الأصليّة

القسم الثاني
مجالات الضمان في العقود التبعيّة «عقد الضمان»